Law Reform Commission of Canada

Working Paper 12

maintenance on divorce

1975

Crown Copyrights reserved

Available by mail from Information Canada, K1A 0S9
and at the following Information Canada bookshops:

HALIFAX
1683 Barrington Street

MONTREAL
640 St. Catherine Street West

OTTAWA
171 Slater Street

TORONTO
221 Yonge Street

WINNIPEG
393 Portage Avenue

VANCOUVER
800 Granville Street

or through your bookseller

Price: Canada: $2.00
Other Countries: $2.40

Catalogue No. J32-1/12-1975

Price subject to change without notice

Information Canada
Ottawa, 1975

Notice

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing within three months to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman
Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman
Dr. J. W. Mohr, full-time member
Dr. G. V. LaForest, Q.C., full-time member
Claire Barrette-Joncas, Q.C., part-time member

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Family Law Project Staff

Julien D. Payne, LL.B., Director
François Chrétien, B.A., LL.L.
Barbara Hough, B.A., LL.B.
Hugh Silverman, Q.C., LL.M.

Consultant

Edward F. Ryan, B.A., LL.B., LL.M.

Table of Contents

		Page
Introduction		1
Chapter One:	The Historical Foundations of the Present Law	5
Chapter Two:	The Present Picture	11
Chapter Three:	New Principles for Financial Provision	17
Chapter Four:	Conclusions	39

Introduction

In our working paper on family property we emphasized the need for some equitable mode of property sharing in marriage. But this is only one aspect of a broader programme of legal reform that should be undertaken on behalf of the Canadian family. In this working paper we deal with another fundamental matter: interspousal maintenance obligations. Alteration of the rules of maintenance between spouses both in form and in concept is an important part of any meaningful improvement in the legal fabric of matrimony, and essential in providing a rational foundation for other reforms to family law.

In its classical or historical form, the maintenance obligation arising upon marriage is that a husband has a legal duty to provide his wife with the necessaries of life: food, shelter and clothing. This was buttressed by the doctrine that a wife could pledge her husband's credit for personal and household items in maintaining the style of living determined by the husband, but this power was lost to the wife if he forbade her to do so or if she committed adultery or deserted him. On the other hand, once married a woman had no corresponding duty towards her husband or further need to participate in the economy to support herself. The civil law tradition has been one of theoretical reciprocity but this was still subject to provisions of the Civil Code placing the primary financial responsibility on the husband.

Raising children and being a homemaker is a legitimate choice and an extremely valuable contribution to the strength of the family

unit as well as to the stability of society. Reform of the concept of maintenance obligations must neither deny this choice to any person because of a redistribution of financial obligations between spouses nor require that employment outside the home be sought by married persons who would rather assume these roles. By the same token, we believe that it is unsound for the legal order to continue to give any support to the ideas that the primary way for women to participate in the economic benefits of society is through marriage and that men should organize their lives on the assumption that their role in the family is circumscribed by the legal requirement that they must be the primary source of financial provision.

The federal divorce law has moved away from this tradition although, as we shall point out in this working paper, the interspousal maintenance principles in the *Divorce Act* are still inadequate. The provincial rules dealing with maintenance obligations between spouses have, for the most part, not yet been freed from express sexual stereotyping.

The legal tradition of interspousal maintenance, which we discuss at some length in Chapter One, is a product of the cultural and economic realities of the past. Many of the social norms and practices that are found in our history are now seen as inappropriate and sometimes even intolerable from a contemporary perspective. It is self-evident that as new values become dominant and new interests press for recognition, the laws that created arrangements suited to prior conditions become unresponsive to present needs.

The concept of legal dependency determined by sex is something that served a perfectly legitimate function for centuries. Women, for the most part, did not and could not participate in a wide range of activities outside the home, and the law responded by making them legal dependents of their husbands. Such a philosophy of classification by sex, however, is a rational social policy only for so long as the successful manipulation of events and things outside the home depends upon real and observable sex-based distinctions such as strength; or freedom from unwanted pregnancy; or upon the possession of full legal capacity and appropriate educational opportunities, both of which were historically denied to

women (and to some extent still are); and, most important, upon a core of settled belief that certain functions of which either sex is capable ought, for whatever reason, to be carried out by men, while others ought to be done by women.

The impact of the twentieth century experience upon the rational foundation of the concept of female dependency has been profound. Legally-enforceable rights to financial provision, however, are still an essential part of any marriage in which there is a division of function between child-rearing and wage-earning. What is no longer essential is either a need for these functions to be divided along sexual lines, or the conviction that they should be. Men can give full-time affection and care to children no less than women, and should have equal opportunities to choose to do so. Machines, reliable family planning methods and increasing access to education have obliterated real obstacles to female participation in the full spectrum of activities outside the home. Sexual prejudice, while still a potent factor in many areas, is more and more coming to be regarded as the problem of those whose outlook is limited by it rather than as an insurmountable obstacle to those against whom it is directed. Freedom of choice in life roles for both sexes is an ascendant value, with a consequent decline in the acceptance of the idea that "biology is destiny".

We believe these circumstances call for appropriate reforms in the legal structure of the marital relationship. Failure to adjust the law to accommodate the legitimate needs and interests of contemporary society has a serious and weakening effect upon the legal foundation of the family. In this working paper we have made specific suggestions for change in federal law, and have made many observations that are of primary significance with respect to provincial law. From the perspective of strict legal analysis, there are significant differences between maintenance concepts that apply during marriage, which are provincial matters, and maintenance concepts on divorce, which are governed by federal law. From a social or historical perspective, however, the legal traditions involved have a common origin in the customs and economic realities of the past. As has been pointed out by legal scholars, the law is "a seamless web". It is therefore necessary to distinguish between maintenance during marriage and maintenance on divorce

for some purposes without losing sight of the fact that there is also a philosophical unity behind the economic consequences of matrimony that are created by law on the day of marriage and which continue to exist in law after divorce.

As in our other publications in this area, our purpose is to examine the ways in which the law can move in order to strengthen the family unit. We believe that the consideration of ideas and alternatives would be distorted if the very significant features of family law that are within provincial jurisdiction were to be ignored.

This working paper is intended to raise issues for public discussion and response. The views of all persons interested in these matters are invited and will be fully considered by the Law Reform Commission of Canada before a final report is made to the Minister of Justice and to Parliament.

CHAPTER 1

The Historical Foundations of the Present Law

Most persons in Canada are familiar with and indeed, some still accept as self-evident the idea that husbands have a duty to support wives. This is a tradition from a past that was radically different from the present and must be re-examined accordingly.

At one time it was thought that this family financial arrangement, duly confirmed by law, was prescribed by some immutable natural ordering of society. It was presupposed that the social and biological destiny of men was to assume positions of responsibility and leadership in government, the professions and the economy. Women, on the other hand, were thought to have an "essential nature" that suited them to the roles of child care and housekeeping, to require special protection not necessary to the more self-reliant male, and to gain the greatest satisfaction through assuming the identity and status of their husbands. Men were the providers and women were the dependent domestics.

These attitudes and beliefs cannot be stated without appearing to be overstated. In our view, most Canadians would be quick to repudiate any suggestion that they personally believed that men are intrinsically better professionals, legislators or salaried workers, and so on, than women, or that a woman with the interest and potential to become, say, a biochemist or school principal should instead be steered by society into housework because this is more in accord with her "nature". Equally, many people question the validity and desirability of arrangements that leave a father no other choice than to be separated from his children for substantial

amounts of time during their formative years because of financial expectations placed on men as a class. Yet the Royal Commission on the Status of Women in Canada reported that this sort of unthinking sexual stereotyping is characteristic of our society and is given positive reinforcement by law. Contemporary legal arrangements should no longer depend for validity on such *a priori* justification. This method of reasoning serves only to insulate the fundamental basis of family law from critical examination.

In the history of the law of the family, the unilateral maintenance obligation has been the axiom, unquestioned until recent times, upon which rested the entire structure of the legal relationship between married men and women. We believe that a reformed legal concept of marriage as a partnership between equals cannot be built successfully on a foundation that relies for its validity upon the primitive view inherent in the male dominancy – female dependency philosophy of the maintenance rule.

That philosophy can best be illustrated by an examination of the basis for the rule. In 1935, long before this ceased to be a dispassionate issue, one legal scholar put it in these harsh and uncompromising terms:

> [The traditional obligation of support] . . . was the economic relationship between master and slave, and it is the economic relationship between a person and his domesticated animal. In the English common law the wife was, in economic relationship to the husband, his property . . . The financial plan of marriage was founded upon the economic relationship of owner and property.

Although these views are not considered valid today, they still influence the philosophy of our family law. The language of husband as "owner" and wife as "property" is, of course, not present in modern judgments—only the tradition of this arrangement is, because this tradition is the matrix that shaped the present law. And tradition, in the words of Oliver Wendell Holmes, "overrides rational policy".

Another reason for the existence of the maintenance rule is found in the requirements of feudal society. A married woman could play no meaningful part in the affairs that were of consequence in the economic, ecclesiastic, governmental or military

organization of feudalism. She and her husband were viewed in law as "one person", with the husband having the exclusive right to manage not only his own affairs, but hers as well. Requiring him to maintain her was conceptually no different from expecting him to maintain himself. No other view was even capable of being logically thought about, because no other view was consistent with the concept of a feudal society.

This doctrine of "unity of legal personality" still remains as an intrinsic part of the maintenance obligation and therefore, as a part of much of the rest of modern family law, nothwithstanding the existence of statutes that are inconsistent with this feudalistic notion. As one of the world's leading family law scholars wrote in 1971, legislative reform to date has accomplished:

> . . . nothing more than creating extensive exceptions to the old rules without striking at the root of the trouble by abolishing outright the fundamental principle [i.e., the doctrine of "unity of legal personality"] . . . Time and again the courts have reiterated that these Acts have not given a wife the legal status of [an unmarried person] except in certain clearly defined and limited fields, and even these exceptions have been construed, if not narrowly, at least inconsistently.

Many contemporary legal and social views about relationships between husbands and wives—with profound effects upon individual alternatives and life-roles—are to a great extent still influenced by the dead hand of feudalism. Marriage is one of the few remaining institutions of Canadian society where significant rights and obligations are dictated by the law according to a preconceived notion of status (that is, what is appropriate for the status of "husband" or the status of "wife") in the same way that feudal society once imposed obligations and conferred rights on everyone depending on whether they had the status of "serf", "tenant", "lord" and so on.

It is a well-known aphorism in law that the progress of society has been measured by the movement from "status to contract". That is, a mature legal system allows an individual to arrange his legal rights and obligations in a way that is agreeable to his own needs and interests rather than granting or withholding opportunities in accordance with received, and therefore authoritative, legal conceptions of what is appropriate to his status. It has

come to be appreciated that a major object of the law should be to recognize and secure the autonomy and freedom of choice of every person rather than impeding the growth of individuals and institutions by freezing the social order within a rigid framework of status relationships. Married people, however, have been generally excluded from the benefits of this evolution—they still bear the weight of legally-dictated status that is largely determined according to feudal conceptions of what it means to be a husband or a wife.

A third significant reason for the existence of the maintenance rule lies in the fact that at common law a husband gained ownership or control of all his wife's property on marriage—including the right to her income. Significant rights to manage and control his wife's income were also granted to the husband under the civil law. Having no legal capacity to hold property or to keep her earnings, a married woman could not maintain herself. Under these circumstances it was natural for the law to require that a husband was under a legal obligation to maintain his wife.

The rules giving a husband these rights over his wife's property and income have been significantly altered in Quebec over the past four decades. The *Married Women's Property Acts* of the late nineteenth and early twentieth centuries abolished the husband's rights of ownership and control in the common law provinces. But the maintenance rule was not changed. In general terms this was because Victorian society was neither socially nor economically prepared to accept the emancipated income-earning wife, and these reforms were essentially the product of a philosophy that matured during the Victorian era. A specific reason is found in the influence upon the law of that segment of society whose interests were most adversely affected by the old law and served by the new—the propertied classes—who regarded the sort of salaried employment available to women at that time as fit only for servants and menials. The social standing of a husband and the respectability of his wife within this legally-dominant group would have been jeopardized if the wife took a job. In addition, few Victorians were able to conceive of the value of a career outside the home for a wife, either as a means for her personal fulfillment and growth or as a way of enabling her to make the sort of contri-

bution to society her husband did. If anything, a wife with the personal autonomy that accompanies freedom from financial dependence on her husband was thought of as a threat to the stability of the model Victorian family in which rigid and well-defined roles for husbands and wives insulated the spouses against the winds of change that were beginning to blow through society in other quarters. The preservation of these class interests was a dominant value in the family law bequeathed to the twentieth century by the Victorian age.

It would be erroneous to attribute solely to law the various attitudes and beliefs about men and women that have characterized the history of the marriage economic relationship. More than anything else, the law has served that office of rationalizing the existing social order rather than being the articulate voice of what social consequences the legal system should seek to produce, and why those consequences should be preferred. Although the formal legal justification for clinging to a philosophy of the economic dependency of one sex upon the other has shifted with the evolution of society, the fact of this dependency has, until very recent times, remained constant.

The unifying theme that underlies that law's interspousal maintenance tradition, from feudalism to the modern industrial community, is the historical reality of male political and economic domination of society and its institutions. In a recent book, *Economics and the Public Purpose*, John Kenneth Galbraith furnishes an economist's explanation of the contemporary relationship between this reality and orthodox legal assumptions as to which sex should be employed and which should be supported. He states the obvious fact of the "present monopoly of the better jobs in the technostructure by males." What is needed, according to Galbraith's thesis, are modifications in legal concepts governing interspousal financial arrangements, along with concerted efforts to end sexual discrimination in the job market, so that the law of marriage and the economy combine to conduce to a full spectrum of meaningful choice for both sexes, whether married or single:

> A tolerant society should not think ill of a woman who finds contentment in sexual intercourse, child-bearing, child-rearing, physical adornment and administration of consumption. But it

> should certainly think ill of a society that offers no alternative—and which ascribes virtue to what is really the convenience of the producers of goods.

In a current series of national publicity releases relating to International Women's Year, the federal Minister responsible for the Status of Women asks why it should be that:

> Too many of us let our children grow up believing that girls don't really have much choice. That medicine, law, politics, industry are pretty much closed shops to women. That all the important decisions are made by men. That women don't have leadership qualities.

We believe the answer to this question is the historical legacy of female dependency, erected by society and maintained by law for the reasons set out in this chapter. What appears to be a shield and a privilege is in reality a barrier and a yoke. The legal tradition that views persons as dependents because of their sex rather than because of the needs, means and abilities of both spouses, and the division of function in the marriage, has no place in a society that includes the elimination of invidious discrimination based on sex among its goals.

Our conclusion is that neither history nor tradition nor appeals to nature furnish any valid reason for retaining in our law any traces of the view that one sex, as a class, should be generally exempt from the financial responsibilities flowing from marriage that are equivalent in some meaningful way to those borne by the other. We believe that the further retention of any aspect of this tradition in our law will constitute an unnecessary obstacle to the achievement of equal socioeconomic opportunity for both sexes in Canada.

CHAPTER 2

The Present Picture

Legislative jurisdiction regarding the maintenance of spouses is divided between the federal Parliament and the provincial legislatures. Provincial law currently defines the nature of the obligation from marriage to divorce. Maintenance following a divorce is governed by federal law—the *Divorce Act*.

At one time the various Canadian laws dealing with the maintenance of spouses were essentially identical and reflected the traditions discussed in the last chapter: married men were assumed to be the primary source of financial support for their wives and married women were assumed to be dependents. These assumptions formed, and still form, the philosophical basis for most of the provincial laws dealing with legal relationships between husbands and wives that confer benefits, impose liabilities, and apply differing behavioural standards according to the sex of the married person. The traditional legal theory of marriage was that a husband assumed the obligation to provide his wife with the necessaries of life and obtained exclusive rights to her services, affection and sexuality—things that the law deals with under the abstract term "*consortium*." Although the civil law creates a form of reciprocity in the area, the traditional common law theory of marriage gave a wife no meaningful right to these things from her husband, and imposed no obligation on her to maintain him.

This philosophical unity is breaking apart in Canada. Several provinces have abandoned the concept of unilateral maintenance in favour of a law that either requires a wife to support her husband in case he is destitute or physically incapacitated, or that simply

makes each spouse liable to provide reasonable support and maintenance for the other without distinction. Approaches along these lines have been undertaken in Alberta, British Columbia and Quebec.

The policy of the 1968 federal *Divorce Act* is that either a husband or a wife may be ordered to maintain the other after a divorce. The reason for this is quite clear: the old law of maintenance was simply no longer capable of justification on rational grounds. While this must be recognized as a major step forward, its effectiveness has been limited by the fact that the great bulk of family law, including maintenance obligations during marriage, and all that follows from the traditional assumptions upon which those obligations are based, lies within provincial legislative jurisdiction. Changes in the divorce law can open the door to the elimination of sexually-based discrimination in family law generally, but they cannot do it alone.

Canadian family law therefore suffers from the anomaly of a federal divorce concept of maintenance based on a legislative premise of sexual equality, while the maintenance laws of most provinces presuppose a condition of dependency for married women. In terms of maintenance, the *Divorce Act* views marriage as something that, for the majority of persons coming under that Act, it manifestly is not: a relationship between legal equals. Furthermore, the principle of equality in the *Divorce Act* is at variance with the concepts reflected in that body of provincial and territorial laws apart from the maintenance laws, that collectively define the legal meaning of "marriage." This is true to some extent even in jurisdictions that have abandoned the old unilateral maintenance rule—dependency based on sex is gone, but the other laws, regulations, canons of interpretation and legal traditions that employ dependency as their rationale remain largely intact. Some areas of federal law are also not yet free from this carryover from the past.

Another difficulty, both with the *Divorce Act* and the provincial laws that employ a bilateral maintenance obligation, is that there is nowhere a clear legislative statement of the principles under which one spouse should be required to maintain the other. The old rule, while legally discriminatory and socially and economi-

cally harmful, at least had the virtue of being clear: men support women. The new concept, whereby either spouse has or may have a duty to maintain the other, has not been accompanied by a legislative statement of the governing principles to be considered in determining the nature and extent of the financial obligation if any, owed by one spouse to the other. As a result, to the detriment of the effectiveness of the recent reforms, much of the old jurisprudence has continued to hold undue sway over the new. It is implicit in legislation embodying the new concept that interspousal maintenance remains as a feature of Canadian family law. What is unexpressed is *why*, and assuming that one married person must maintain the other, *what factual circumstances must exist before one spouse has a legal right to be maintained by the other.*

On a more fundamental level, it is fair to ask what happens to the rest of family law when the basic legal premise of marriage becomes equality before the law. The answer is that the old family law continues to operate, but wherever it does not conform to the concept of equality, it simply becomes arbitrary. As soon as the principle is admitted that maintenance rights and obligations are to be determined by reference to something other than sex, the rationale for every other sexually-discriminatory rule of family law, of which there are many, disappears.

What we are witnessing in Canada today is the piecemeal abandonment of an archaic legal conception of marriage, without yet having arrived at some satisfactory statement of new legal principles telling us what marriage *is*. We believe the solution to this problem lies in the reformulation of the maintenance obligations in marriage according to new and clearly stated principles both at the federal and provincial levels. Indeed, there can be no other solution unless we are prepared to say that we still accept the legitimacy of sexually determined classifications as a fundamental legal characteristic of marriage in Canada, and are willing to continue to tolerate the psychological, social and economic consequences that spill over into society as a result of the institutionalized sexual discrimination that characterizes the primary legal relationship between men and women.

It is obvious that a basic change in the legal philosophy of interspousal maintenance cannot and will not cause the immediate

disappearance of sexually-based discrimination from the social and economic fabric of Canadian society. It is, however, a very important condition to the elimination of such discrimination. The first steps in this direction were taken in the *Divorce Act* in 1968, which provided that entitlement to maintenance would no longer be based upon the sex of the claimant. But this is only half the federal task. The old principles are gone, but nothing was put in their place. Parliament must now examine marriage and articulate whatever it is about this relationship that will give one party, at the time of divorce, a legal claim to financial provision from the other, what facts must be shown for such a claim to arise, what principles govern the amounts that will be awarded, and what circumstances are legally material in determining the length of time for which payment must be provided. By proceeding in this way, Parliament will fill the vacuum left by the *Divorce Act.*

A clear statement of maintenance principles in the *Divorce Act* will not create new difficulties because the philosophy of mutual liability for maintenance is already inconsistent with the concepts of maintenance in most provinces. The *Divorce Act* is inconsistent not only with the maintenance rules of those jurisdictions, but also with the legal concepts of marriage defined by the general body of family law based on those rules. We do not think that Parliament should, or indeed, given the provisions of the *Canadian Bill of Rights,* ought to attempt to reconcile this disparity by going back to a philosophy of eligibility for maintenance on divorce based on sex. Rather, it should proceed to articulate a set of rational and non-arbitrary standards for financial provision under the *Divorce Act* that would be logical extensions of the concept of equality of rights and obligations now inherent in that Act. What is implicit should be made explicit.

Parliament cannot, of course, require the change of laws within provincial jurisdiction; nor, given the nature of a federal state, should it attempt to do so indirectly. In this respect, its responsibility is precisely the same as that of any provincial legislature: to enact the sort of laws within its constitutional jurisdiction that best secure and advance those individual, public and social interests that it identifies as pressing for recognition.

We do not believe the interest in eliminating invidious legal discrimination based on sex from the institution of matrimony is exclusively a federal concern, or that steps taken toward this end by Parliament with respect to that part of family law within its jurisdiction will remain isolated changes for very long. The provision by Parliament of some more precise focus with respect to the nature and concept of interspousal maintenance is essential if the provinces are to be able to get on with the task of law reform in related areas (such as alimony laws and laws dealing with deserted wives) without either the possibility of being subsequently faced with federal laws that are at odds with their reforms, or being left to proceed without knowing Parliament's view on the very foundation of family law in Canada.

As we said in our earlier working paper on family property, the need for intergovernmental cooperation in this field is important and necessary, and we trust that the principle of consultation will be recognized and acted on by the federal and provincial governments involved when these changes are to be made.

CHAPTER 3

New Principles for Financial Provision

The Canadian family law tradition reflects a marital dependency relationship determined according to sex. We agree with the philosophy of the reforms in those provinces that treat both spouses as legal equals regardless of sex, and believe that the time has come for Parliament to make appropriate amendments to the *Divorce Act* so as to pursue the same philosophy on divorce. At present that Act contains no positive principles that effectively support its break with the concept that the sex of an applicant has significant legal implications with respect to maintenance rights and obligations on divorce.

Marriage should be characterized in law as a union of legal equals in which there may be a division of function or a "role specialization", according to the emotional, psychological and financial needs of the spouses and the needs of their children. Financial rights and obligations based upon marriage should be legal results that *follow* from the internal arrangements made by the spouses in line with their priorities, circumstances and interests rather than being *imposed* according to traditional legal preconceptions of the sexually determined roles of each spouse. The purpose of the maintenance obligations on divorce should be to enable a former spouse who has incurred a financial disability as a result of marriage to become self-sufficient again in the shortest possible time. This should be achieved through new rules for financial provision in the *Divorce Act* that would be based on need and that are neither punitive nor fault-oriented.

We do not propose the adoption of any legal arrangement that will interfere with what married people want, that will impose a legal philosophy of marriage that is contrary to arrangements that spouses wish to have in their particular relationship, or that would prevent them from living in accordance with whatever religious precepts or cultural norms they desire to follow. The law should leave married people free to arrange their marriage in whatever way they wish, and should support their choice by legally enforceable financial rights. We believe this concept should become the legal foundation for family law in Canada, and should be adopted by Parliament when it undertakes the task of articulating the principles that govern interspousal maintenance rights and obligations under the *Divorce Act*.

We suggest the following principles:

1. Marriage per se does not create a right to maintenance or an obligation to maintain after divorce; a divorced person is responsible for his or her own maintenance.

2. A right to maintenance may be created by reasonable needs following from:
   (*a*) the division of function in the marriage;
   (*b*) the express or tacit understanding of the spouses that one will maintain the other;
   (*c*) custodial arrangements made with respect to the children of the marriage at the time of divorce;
   (*d*) the physical or mental disability of either spouse that affects his or her ability to maintain himself or herself; or
   (*e*) the inability of a spouse to obtain gainful employment.

3. The purpose of maintenance on divorce is to provide the maintained spouse with financial support required to meet those reasonable needs recognized by law as giving rise to a right to maintenance during the transition period between the end of the marriage and the time when the maintained spouse should reasonably be expected to assume responsibility for his or her own maintenance; maintenance on divorce is primarily rehabilitative in nature.

4. A right to maintenance shall continue for so long as the reasonable needs exist, and no longer; maintenance may be temporary or permanent.

5. A maintained spouse has an obligation to assume responsibility for his or her own maintenance within a reasonable period of time following divorce unless, considering the age of the spouses, the duration of the marriage, the nature of the needs of the maintained spouse and the origins of those needs, it would be unreasonable to require the maintained spouse ever to assume responsibility for his or her own maintenance, and it would not be unreasonable to require the other spouse to continue to bear this responsibility.

6. A right to maintenance is not adversely affected, forfeited or reduced because of conduct during the marriage; or because of conduct after the marriage except
   (*a*) conduct that results in a diminution of reasonable needs; or
   (*b*) conduct that artificially or unreasonably prolongs the needs upon which maintenance is based or that artificially or unreasonably prolongs the period of time during which the person maintained is obliged to prepare himself or herself to assume responsibility for his or her own maintenance.

7. The amount of maintenance should be determined by:
   (*a*) the reasonable needs of the spouse with a right to maintenance;
   (*b*) the reasonable needs of the spouse obliged to pay maintenance;
   (*c*) the property of each spouse after divorce;
   (*d*) the ability to pay of the spouse who is obliged to pay maintenance;
   (*e*) the ability of the spouse with the right to maintenance to contribute to his or her own maintenance; and
   (*f*) the obligations of each spouse towards the children of the marriage.

These principles will now be discussed.

Marriage per se does not create a right to maintenance or an obligation to maintain after divorce; a divorced person is responsible for his or her own maintenance.

Solemnization of marriage does not automatically create a condition of financial dependency. The law of maintenance should take cognizance of this fact and be reformed accordingly. For example, during marriage maintenance rights and obligations could be either reciprocal or separate from the outset, with the law providing in either case for shifting the exclusive or primary responsibility for financial provision to one of the spouses when the circumstances of the marriage create a financial need in the other. Whether this should be done, and the particular formulae that would be adopted are, of course, matters for provincial governments and legislatures. We join with the Royal Commission on the Status of Women in suggesting that changes of this nature be considered by the provinces so as to establish a rational nexus between provincial laws aimed at eliminating sexual discrimination from the legal nature of the marital relationship and the provisions of the federal law invoked to terminate that relationship.

The law of maintenance both during marriage and on divorce should anticipate that partnership arrangements may result in one spouse becoming financially dominant and the other financially dependent and create appropriate and realistic rights and obligations where this occurs. What the law should *not* do is perpetuate or sanction the idea that marriage itself is an arrangement provided by society as an alternative to full participation by women in all levels of the economy, or to retain female dependency rules that furnish a convenient rationalization for denying women an equal opportunity to do so.

The present legal tradition has the negative effect of adopting as valid the proposition that a main function of matrimony is to enable a woman to attain the status that comes with economic achievement by having the status for which she is destined conferred upon her by the man she marries. There follows from this the phenomenon, described by the Royal Commission on the Status of Women, of a "cultural mould" that encourages young women to view marriage itself as their entry into adult society, the primary vehicle for expression of their abilities and the way in which they

should expect to meet their economic needs. Young men, on the other hand, are raised in the expectation that in order for them to marry, or to attract a more desirable marriage partner, they must prepare themselves for a successful career.

The male economic monopoly described by Galbraith can be attributed not only to "the convenience of the producers of goods" but also to the fact that economic success for men is an absolute necessity before they can marry, since they, because they are male, will be required by law to "support a family". The expectations and requirements flowing from the traditional legal characteristics of marriage therefore tend to encourage at an early age a differentiation in life roles based on sex, although it has no rational connection with physical distinctions between men and women, or their abilities, intellectual potential or capacity to contribute to society.

The desire to enter into a permanent social and sexual bond with a member of the opposite sex is a deep-seated need and powerful drive—perhaps the single most important force behind all social organization. Thus impelled, both men and women will do what is required to come within society's definition of "eligible marriage partner". To fail to do so is to risk the ability to marry. Since law both defines marriage, and significantly moulds the community's concept of matrimony, the law should make it clear that people—particularly women—have alternatives in life roles that are free from the influence of arbitrary factors.

The accelerating divorce rate points to the fact that the present law of marriage creates an institution for the satisfaction of the need to establish permanent social and sexual bonds that is increasingly out of step with the expectations that people bring into it. In our view, reform efforts must be directed to the elimination from the law of marriage, and therefore from much of the rest of our social structure, of sexually-based discrimination.

The principle set out above is an essential first step towards the elimination of the use of marriage as an instrument for perpetuating and attempting to justify the arbitrary distribution in society of opportunities, burdens, rights and obligations on the basis of sex.

A right to maintenance may be created by reasonable needs following from:

(*a*) *the division of function in the marriage;*

(*b*) *the express or tacit understanding of the spouses that one will maintain the other;*

(*c*) *custodial arrangements made with respect to the children of the marriage at the time of divorce;*

(*d*) *the physical or mental disability of either spouse that affects his or her ability to maintain himself or herself; or*

(*e*) *the inability of a spouse to obtain gainful employment.*

This principle is aimed at answering the question "if marriage does not create maintenance rights and obligations, then what does?" In general terms, we propose the answer that the right to maintenance follows from arrangements made by married people that have had the effect of hampering the ability of a spouse to provide for himself or herself. If a couple is divorced and neither husband nor wife has had a need created by the circumstances of their cohabitation, then there should be no question of one having a claim to be maintained by the other after a divorce. Except in marriages of short duration or where both spouses have worked continuously and there are no children, this situation will probably prove to be the exception rather than the rule for the foreseeable future. Most people who are now married, and the great majority of the generation who will marry in the next twenty or so years, have or will have marriages in which the functions of wage-earning, housekeeping and child care are divided between the spouses along conventional lines. Whether this should be so is no business of the law.

The law should have two primary objects. First, it should adopt a philosophy of interspousal maintenance that does not tend to compel a sexually-determined mode in which marriage functions are divided, leaving it to the market place of social custom as to how individuals will arrange their marriages in future. Second, it should ensure, as far as it is able, that the economic disadvantages of caring for children rather than working for wages are removed. The pursuit of these objects is limited, from a federal perspective,

to the area of divorce, but what we have said is of great significance to those concerned with the reform of provincial family law as well as to Parliament. We hope that the articulation of what we think should be the objects of the law will be of assistance to provincial legislatures and governments in their study of the social implications and economic consequences of marriage within the ambit of provincial legislative jurisdiction.

The principle we suggest neither attempts the futile task of "turning society around" nor pursues the equally-futile goal of trying to freeze social evolution in the name of an orthodoxy that no longer exists. If some people want to have marriages in which the husband is the breadwinner and the wife is the housekeeper, it should be their affair and not that of the law. Equally, if others find it satisfying for the father to be a full-time parent and the mother to be the source of support for the family, the law should pass no judgment, either express or implied, upon the appropriateness of this arrangement. Rather, the law should give positive support to their choice by granting a right to maintenance to, in this case, the husband, if his reliance upon the maintenance provided by his wife during their marriage has resulted in a need for maintenance for him at the time of divorce.

The way in which the functions characteristic to marriage have been divided, and economic needs that exist at the time of divorce following from what each spouse did during marriage should become the fundamental criteria for maintenance when a marriage ends. A consideration of what actually occurred during the marriage would fill the vacuum left in the divorce law by Parliament's repudiation of the old assumption that, as a matter of law, the wife would always be the housekeeper, the full-time parent and in a condition of economic dependency, and that a husband would always be the wage-earner.

A division of function between marriage partners, where one is a wage-earner and the other remains at home will almost invariably create an economic need in one spouse during marriage. The spouse who stops working in order to care for children and manage a household usually requires financial provision from the other. On divorce, the law should ascertain the extent to which the withdrawal from the labour force by the dependent spouse during

marriage (including loss of skills, seniority, work experience, continuity and so on) has adversely affected that spouse's ability to maintain himself or herself. The need upon which the right to maintenance is based therefore follows from the loss incurred by the maintained spouse in contributing to the marriage partnership.

We should point out that this approach to maintenance necessarily means that as far as the law is concerned, each spouse has an equal responsibility for the three essential functions characteristic of the marriage partnership: financial provision, household management and child care. In the past the law has tended to formally recognize the cultural stereotypes of "breadwinner" and "housekeeper" and turned them into such legal concepts as "the reasonable husband" or "the ordinary ranch wife". The Royal Commission on the Status of Women described these stereotypes in the following terms:

> Regardless of age or circumstances, women are identified automatically with tasks such as looking after their homes, rearing children, caring for others and other related activities. It is almost as if we were to say that it is man's nature to work in an office or factory, simply because most of the men we know in cities happen to do so.

Upon the adoption of positive principles that are contrary to the traditional legal view of sexually dictated marital roles, it would no longer be legally acceptable or conceptually possible for a court to characterize, for example, housework as being an activity that the law *expects* a wife to perform because she is the female spouse. Rather, under the approach we propose, a wife who manages a household would be viewed in law as accomplishing a task that is an obligation *common to the marriage partners*. Looking after the house could no more be legally characterized as "woman's work", and therefore dismissed as being what the law expects of a wife in any event, than could the financial provision coming from the husband in such a marriage be classified in law as a requirement that is exclusively expected of the male sex. If the functions of financial provision, household management and child care are divided in any particular way between a husband and wife, the law should characterize this as an arrangement between the spouses for accomplishing shared requirements of the marriage partnership according to their preferences, cultural beliefs, religious imper-

atives, or similar motivating factors. A spouse who does one of these things should be seen as freeing the other spouse to perform the remaining functions.

If a financial need exists for one spouse at the time of divorce, and this need has been created by or has resulted from the way in which functions were shared between husband and wife, then the needy spouse would have a claim to maintenance that the law should recognize and enforce. This claim would be based on the facts of the spouses' experience during the marriage and not on the sex of the claimant. It should not and could not be defeated or adversely affected by assimilation into law of sexual stereotypes that assume that husbands have no responsibilities towards child care or household management or that wives have no responsibilities for financial provision. In legal terms, *de facto* arrangements will give rise to *de jure* obligations.

The whole preceding discussion can, we think, be summed up in the concept of *equality before the law*. This has long been a professed ideal of this country. We think it is time to apply it to family law.

We propose that a right to maintenance may arise from "the express or tacit understanding of the spouses that one will maintain the other" so long as such an arrangement, made either before or during marriage, results in a reasonable need for financial provision for the maintained spouse at the time of divorce. In almost all cases, the division of function in the marriage will itself account for the need upon which a maintenance claim is based, and no question of any special understanding, express or tacit, will arise. It is not uncommon, however, for people to marry with the understanding, for example, that each will help the other, in succession, through university or professional training. To illustrate, a wife who works to put her husband through university on the understanding that he will thereafter do the same for her, could probably not be said to have a need for maintenance arising out of the division of function in the marriage. But she may very well have a need for financial assistance with her own university training that is reasonable in light of her expectation that her spouse would provide such assistance, even though the marriage breaks down before the arrangement intended by the parties is complete.

Another example might be where a well-to-do man married and provided his wife with everything, including a housekeeper, while she did little or nothing. Such a woman would have to learn how to do things for herself at the time of a marriage breakdown, and would therefore have reasonable needs arising out of the arrangement that existed during her marriage. These needs should be respected by the law, regardless of her gratuitous enjoyment of what may appear to some as a rather idyllic married life. The range of possible situations is as broad as the range of understandings that may arise between married people with respect to how they should cooperate to ensure that the interests and needs of each are satisfied.

In speaking of a "tacit understanding" we are not suggesting that it should be necessary, as a prerequisite to a maintenance claim, that formalities associated with a contract be established. The law should simply determine the arrangement that actually existed, or that can reasonably be taken to have existed, based upon the circumstances and behaviour of the spouses during the marriage. As we have emphasized, this determination would be made without the distorting incorporation into law of traditional legal preconceptions about sexual roles in marriage.

We do not see this principle as being one of unlimited application. A need that is reasonable in light of arrangements based on a mutual expectation that the marriage will continue may appear to become unreasonable if the marriage later breaks down. It is conceivable, for example, that a woman might willingly contemplate marrying a student who plans eventually to be a novelist, whom she would support through his studies and thereafter until (if ever) he becomes successful, simply because she loves him. The continued existence of the marriage, however, would certainly be the assumption upon which this, and most other tacit understandings to maintain, would be based. The man in this example would be entitled to transitional assistance after divorce, as would be true for a woman in similar circumstances, but not to the pursuit for an indefinite time of his unrewarding career preference at the expense of his former spouse. We suggest that any legislation containing a tacit understanding principle should be drafted with this in mind.

Custodial arrangements to children at the time of divorce should also be recognized as situations that may create needs upon which claims for maintenance can be based. Whether a need does arise in a custodial parent is a question of fact, not of law, and would turn on such matters as the age and number of children involved, whether they need constant care or are partially or wholly emancipated, whether suitable alternatives to care by the custodial parent (such as public day-care facilities) are reasonably available and whether their use would be in the best interests of the child and the effect that custody has on the ability of the custodial parent to provide for his or her own maintenance. We are speaking here only of the needs of the custodial spouse and not of financial provision for children. We will deal with this as a separate subject in another working paper.

The physical or mental disability of a spouse is another matter that should be a ground for maintenance at the time of divorce. Although we do not support the idea that marriage *per se* should involve the right or duty of maintenance after divorce, we do suggest that the physical or mental disability of a spouse at the time of divorce is a reasonable criterion upon which to found an obligation to maintain. Again, however, we do not see this as a principle of unlimited application. We believe the primary responsibility for the provision of care of persons with a permanent or long-term disability rests with the state and not with any afflicted person's spouse or former spouse. We also think it possible, in any particular case, for a court to strike a balance between the time during which the fact of marriage should create a maintenance obligation because of misfortune, and the time when the state should assume the burden. We will pursue this point below, when we discuss the duration of the maintenance obligation.

The inability of a spouse to obtain gainful employment at the time of divorce is conceptually similar to the inability of a physically or mentally disabled spouse to provide for himself or herself. The inability may have no logical connection to the fact that the person claiming maintenance was married to the person upon whom the claim is made, and performed a certain role within the marriage partnership. We believe, however, that during marriage it would be reasonable for the law to expect that the first

resort for financial provision by an unemployed married person would be to his or her spouse, if capable, rather than to public assistance (excluding assistance for which the unemployed spouse has paid, such as unemployment insurance). An obligation based on these grounds should, like an obligation founded on physical or mental disability, survive the dissolution of the partnership for a reasonable time. We will return to this matter where we consider the question of duration of maintenance obligations.

The purpose of maintenance on divorce is to provide the maintained spouse with financial support required to meet those reasonable needs recognized by law as giving rise to a right to maintenance during the transition period between the end of the marriage and the time when the maintained spouse should reasonably be expected to assume responsibility for his or her own maintenance; maintenance on divorce is primarily rehabilitative in nature.

A right to maintenance shall continue for so long as the reasonable needs exist, and no longer; maintenance may be temporary or permanent.

A maintained spouse has an obligation to assume responsibility for his or her own maintenance within a reasonable period following divorce unless, considering the age of the spouses, the duration of the marriage, the nature of the needs of the maintained spouse and the origins of those needs, it would be unreasonable to require the maintained spouse ever to assume responsibility for his or her own maintenance, and it would not be unreasonable to require the other spouse to continue to bear this responsibility.

These three principles should be considered together. Maintenance is an aspect of the marriage partnership. When the marriage is terminated important issues arise as to whether this incident of the marriage should continue past the time of its dissolution, and if so, for how long.

In accordance with the general scheme we have set out earlier in this chapter, maintenance rights and obligations on divorce

should arise out of the arrangements that existed during the marriage. We have already discussed the basis for our proposal that the dissolution of the marriage should not mean the automatic termination of those rights and obligations, since the needs upon which they are based may continue past the time of divorce. We deal now with the issue of the principles that should determine the length of time for which one former partner should have the benefit of, and the other former partner should bear the burden of this aspect of a marriage that has ceased to be.

In general terms, we suggest that maintenance rights and obligations, where they exist, should survive a divorce for a reasonable period of time and should be subject to the basic principle that every person is ultimately responsible to provide for himself or herself, whether before marriage or after divorce. What is a "reasonable period of time" would be a question of fact in each case.

It must be recognized that this is a departure from the traditional concept of maintenance on divorce, which was founded on the theory that paid employment was basically an activity reserved for men. The economic needs of women were expected to be taken care of by marriage, and upon marriage a woman could anticipate being furnished with the necessaries of life for so long as she lived. These assumptions lead to unfair consequences in the area of equal opportunities for both sexes in the job market and in Canadian society in general. These three principles under discussion simply reiterate our basic philosophy that the law must withdraw its support from the proposition that marriage *per se* is the primary vehicle provided by society for enabling women to meet their economic needs. The principles we propose will deprive no person of either sex of financial provision where a need for it was created by marriage. But they will have the effect of removing the legal foundation for the idea that marriage is the financial preserve for women, while the job market belongs to men. The motives held out for women to marry, and the male interest in continuing to seek or assert preferred positions in the economy that are created by traditional legal concepts of marital economics are, we believe, unacceptable today. Economic need should no more be an inducement to marry than should sex be a criterion governing participation in the labour force.

We suggest that the period following divorce should be characterized in law as a time of economic transition for both spouses from the arrangements that were suitable to the marriage when one spouse may have made financial provision for both, to the single state when each should be, as before marriage, financially self-reliant. The law should require the former spouse who does not have an economic need created by the marriage to assist the one who has such a need to become financially rehabilitated.

The legal right to continue to benefit from the maintenance aspect of the partnership after its dissolution should be accompanied by a legal duty imposed on the person maintained to prepare to make his or her own way within a reasonable period of time, just as is required of every other unmarried person. Here again, what is a reasonable period of time is a question of fact, not law. It may vary from weeks to years, depending upon a consideration of all elements of the situation with which the person maintained must cope, and would be subject to an assessment of the length of time during which financial needs flowing from the marriage can be expected to persist, assuming reasonable diligence in the effort to become financially self-sufficient.

The third principle set out at the opening of this discussion reflects the realization that, for some people, even with reasonable diligence, financial independence may never be possible. Perhaps the most typical example might be a divorced woman in her sixties without any special training or skills who had been a dependent during a long married life. Without knowing anything more about such a woman, we think it will be conceded that she could fairly be classed as unemployable, without much hope that she could do anything to change the situation. In addition to practical problems and physical limitations that would not be faced by a younger person, such a woman may be partially or totally unable pyschologically ever to assume financial responsibility for herself. The third principle would allow a court to assess these factors and to order, where appropriate, permanent maintenance.

Another aspect of the third principle is that, while a former spouse may require maintenance on a permanent basis, it would be unreasonable for the law to look to the other former spouse as the permanent source of such maintenance. This would apply primar-

ily in the case of long-term physical or mental disability. We think it would be wrong for the fact of marriage to be seen as an alternative to the responsbility of the state to provide adequate care for the disabled. A temporary disability that exists at the time of divorce may well call for financial support from the other spouse based on a rehabilitative theory. But permanent provision for the victims of misfortune should be borne by general tax revenues and not by a former spouse.

We would apply the same principle to a person whose need does not flow from the division of function in the marriage, but who is unemployed at the time of divorce. It would be legitimate, we think, to expect the unemployed person's former spouse to provide financial assistance during a period of adjustment after divorce. But on the expiration of a reasonable time, the inability to find gainful employment must cease to be a problem that is shared as if the marriage had never ended. The financial need may still exist, but at some point it would be unreasonable for the law to continue to look to a former spouse as the source for satisfying that need.

A right to maintenance is not adversely affected, forfeited or reduced because of conduct during the marriage; or because of conduct after the marriage except

(*a*) *conduct that results in a diminution of reasonable needs, or*

(*b*) *conduct that artificially or unreasonably prolongs the needs upon which maintenance is based or that artificially or unreasonably prolongs the period of time during which the person maintained is obliged to prepare himself or herself to assume responsibility for his or her own maintenance.*

Under traditional theory, in the words of the Ontario Law Reform Commission, "In exchange for her unilateral privilege to be supported it was expected, in an age when a married woman was, essentially, a chattel, that she should be able to enjoy this privilege only upon surrender of exclusive rights in her person and personality." In other words, a married woman was entitled to be

furnished with the necessaries of life by her husband providing that she had sexual relations with no other person. The Ontario Law Reform Commission concluded that there is no coherent reason why "these should continue to be viewed as appropriate commodities for a woman to be expected to bargain in return for support, any more than there is such a reason for a man to be expected to carry the exclusive burden of her maintenance".

We concur with these views, and the principle set out above, when read with the rest of the principles we propose for maintenance on divorce, represents what must be done in order to make it clear that the law no longer sanctions the coercive use of financial power by the economically stronger spouse over the behaviour of the economically weaker spouse.

In our view, sexual fidelity is an intrinsic part of a happy and successful marriage, and is a reasonable expectation for each spouse to have of the other. But this expectation of propriety in sexual conduct should have nothing to do with maintenance obligations. These flow, under our proposals, from needs created by the way in which the spouses have arranged their lives for their mutual benefit, and such needs are not affected by the morality, or lack of morality, of one or both spouses. Financial provision in marriage should not be characterized as a reward for "good" behaviour, and the threat of loss of financial provision as a penalty for "bad" behaviour; punitive maintenance orders made against a "guilty" spouse in favour of an "innocent" spouse are things that simply do not fit into the maintenance equation.

We have already stated that it would be wrong for the law to continue to sanction the view that economic need is a primary inducement to marry. By the same token, it should not countenance the situation under which the economic need of the dependent spouse (or put another way, the threat of financial loss for being legally "guilty" of ending a marriage) should be a primary inducement to stay married.

Maintenance rules should not allow one spouse to have a coercive power over the other. It is an unfortunate part of the folklore of marriage, because of the legal tradition involved here, that the "innocent" husband should be able to put the "guilty" wife "out on the street without a penny", and when the situation is reversed,

the wife should be able to "take him for every cent he's got". The law can do very little about the desire to inflict financial punishment upon a spouse who has betrayed the trust that marriage entails. But it can and should make it clear that provisions for economic readjustment after divorce shall not be used as implements for translating this desire into legally-enforceable vengeance.

What we have said about sexual misconduct applies equally to all other forms of behaviour that may have led to a divorce. It is simplistic to believe that the causes of marriage breakdown can be neatly polarized into categories of "guilt" and "innocence", or that the law of divorce has been anything other than a failure in its attempts to do so. To allow financial rights and obligations on divorce to follow from a determination so fraught with uncertainty would do no more than compound the human suffering that results from a law that is so fundamentally deficient in the first place.

In the words of Nietzsche, "the commonest stupidity consists in forgetting what one is trying to do". The purpose of the maintenance obligation should be the economic rehabilitation of a dependent spouse and not the provision of reparations for real or fancied injuries that occurred during the marriage. Maintenance rights and obligations based on need would provide a foundation for marriage as a relationship between legal equals. Maintenance rights and obligations that turn on behaviour would merely perpetuate marriage as a legally-sanctioned subordination of the personality of one spouse to the economic power of the other.

Conduct is relevant to maintenance only when it affects need. If, for example, a maintained former spouse takes a job or becomes dependent on a third person, the obligation to maintain should be diminished or terminated accordingly. Similarly, if a need is based on lost skills, a maintained former spouse should have a positive obligation to try to recover those skills within a reasonable time. Lack of diligence in the discharge of this obligation would be conduct affecting the right to support by a former spouse.

This principle is not foreign to the Canadian legal system. Under the law of contract, a party who breaks a contract incurs

an obligation to pay money to the other if loss occurs. But a person who suffers damage from the breach has an equivalent obligation to take all reasonable steps to keep his loss (and consequently the amount the other party must pay) to a minimum. The law of contract is not used to vindicate outraged feelings; it concentrates on making people act reasonably rather than being punitive or moralistic. We think maintenance on divorce should be based on similar principles. If it is reasonable to impose a post-divorce maintenance obligation for the rehabilitation of the economically weaker spouse, it is equally reasonable to impose a post-divorce obligation on the latter to do what he or she can to become self-sufficient.

Since 1968, the *Divorce Act* has provided that "conduct" should be considered with respect to maintenance awards, but it does not say what effect conduct should have on eligibility for, on liability to provide, or amount of, maintenance. We believe it is necessary for Parliament to make some positive rule on this subject since the matter now rests uneasily between the old tradition of the punitive use of maintenance orders and the present lack of any specific policy. The issue must be faced squarely, and we suggest it should be resolved in the way we have outlined here.

The amount of maintenance should be determined by:

(*a*) *the reasonable needs of the spouse with a right to maintenance;*

(*b*) *the reasonable needs of the spouse obliged to pay maintenance;*

(*c*) *the property of each spouse after divorce;*

(*d*) *the ability to pay of the spouse who is obliged to pay maintenance;*

(*e*) *the ability of the spouse with the right to maintenance to contribute to his or her own maintenance; and*

(*f*) *the obligations of each spouse towards the children of the marriage.*

A key concept in the above principle is that of "reasonable needs". This represents a shift in emphasis away from the traditional theory for determining the amount of maintenance. That theory can best be summed up by the expression that a divorced man who was liable to pay maintenance had to support his former wife according to "the style in which she was accustomed to be kept". We believe this test is objectionable on several grounds, and that it is inconsistent with the philosophy of the principles of maintenance we have proposed.

First, we reiterate that the financial expectations created by the divorce law should not, even inferentially, allow marriage to be seen as a substitute for individual achievement or as an alternative to seeking training and education for the station in life to which an individual aspires. By the same token, the legal aspects of marriage should no longer give support to the practice of withholding educational and employment opportunities from women on the ground that they are expected to be dependents, are guaranteed the life style that accompanies economic success in any event by marrying and that it is therefore acceptable for educational institutions and the job market to give priority to men.

Second, divorce in the great majority of cases will create greater economic burdens than existed during the marital relationship. It is simply not possible for the life style of the former spouses to remain unaffected. Under the old tradition of maintenance, the law again resorted to a conduct test in an attempt to solve this problem by saying the loss of life style was a penalty for matrimonial fault that fell on the "guilty" spouse. If a wife was "guilty" and a husband "innocent", she was not eligible for maintenance on divorce. If she was eligible, it meant that she was "innocent" and he was "guilty" and it would therefore be unfair for her to be deprived of the financial benefit of the arrangement society had for the provision of a livelihood for women—that is, marriage—because of her husband's fault. As the "innocent" spouse, her right to be maintained according to the style established during the marriage remained unaffected.

As we discuss at greater length in our Working Paper on Divorce, we have concluded that it is not possible for the law to

examine the wreckage of a marriage to determine whose "fault" caused its breakdown, or to make behavioural assessments that have anything to do with what actually occurred between or motivated the parties. This being so, the legal concept of "no loss to the 'innocent' spouse" should be formally repudiated as a standard upon which to base the legally-prescribed economic consequences of divorce. If "guilt" and "innocence" are disregarded in matters of eligibility for maintenance as we have suggested, it follows that they should have no effect upon the amount of maintenance. The question then becomes whether the loss in standard of living that follows divorce should fall exclusively on the spouse who made financial provision during the marriage and never on the dependent spouse, or whether the law should attempt some more rational allocation of the loss between the two. The principle we propose for determining the amount of maintenance attempts to apportion the economic burdens of divorce according to the "reasonable needs" of *each* spouse, rather than on notions of "guilt" or "innocence", and avoids the idea that aspiring to dependency in the marital relationship would be a guarantee that all economic risk would be borne by the other spouse should the marriage be unsuccessful.

The essence of the change we propose lies in the shift in legal emphasis towards a philosophy of individual responsibility. The significant legal effect of marriage under such a philosophy would be to create a right to rehabilitory financial assistance in the event that the circumstances during marriage impaired the ability of a spouse to assume that responsibility after divorce. Ensuring financial re-establishment for the needy spouse rather than attempting to perpetuate the life style of the defunct marriage for the "innocent" spouse would, we believe, be a reasonable and realistic basis for courts to employ in determining both the eligibility for and the amount of maintenance.

The standard of living enjoyed by the spouses during marriage would not cease to be an operative factor on divorce, and should be taken into account to the extent that it is *relevant* to the reasonable needs of each spouse. "Reasonable needs" will vary from individual to individual according to the marital and life experience of every person.

The standard of living would be the governing, as opposed to a merely relevant factor, only in property sharing on divorce. As we stated in our earlier working paper on family property law, the spouses should share in assets acquired during marriage equally. How well the married couple had fared would tend to be reflected in the value of the assets available for sharing on divorce. The concomitant principle we now propose is that on divorce, when the fruits of the joint life style are shared, that life style, no less than the union that brought it into being, should cease to exist in law.

The amount of property owned by each spouse should be a relevant factor in arriving at the amount of maintenance payable on divorce. All property owned by the spouses, not just the property classified as shareable on divorce, should be considered. Generally speaking, the more property a spouse owned the less would be that spouse's need.

In a typical case, assuming the enactment of property sharing laws, a person with a right to maintenance would have half the shareable property and a lower capacity to earn income, while the other spouse would have the remaining half of the property and a relatively higher income-producing capacity. We do not think it would be just to expect a spouse with a need for maintenance to be required to resort exclusively to his or her property after divorce in order to meet his or her requirements. On the other hand, we do not think that property should be disregarded. Under the formula in the principle under discussion, a court would allocate the burden of maintenance among four potential sources: the property and earning capacity of the husband and the property and earning capacity of the wife. How this distribution would be made would depend on the situation. The point we wish to make is that property should neither be exempt from consideration when the amount of maintenance is determined, nor should a spouse with a claim to maintenance always be expected to meet maintenance needs out of his or her property before a court would be able to make a maintenance order that would encroach on the property or future earnings of the other spouse. The burden should be allocated equitably in light of the circumstances.

The obligations of each spouse toward children of the marriage should, of course, always be considered in assessing the amount of maintenance. We consider this point to be self-explanatory.

CHAPTER 4

Conclusions

At present, the *Divorce Act* does not define precise criteria for maintenance awards. This being so, the courts have found themselves between a novel legislative concept of unknown dimensions on one hand and on the other, a legal tradition of precedent, doctrine and practice that reflects sexually-discriminatory social and economic policy preferences that stretch back to the origins of the common law.

Legislation along the lines we propose would do several important things. First, it would make it clear that the courts have been freed from the burden of an archaic tradition, arbitrary in conception and demeaning in effect, that should have no further influence on something as significant as interspousal maintenance obligations in contemporary Canadian society. Second, it would provide a rational basis for the unfettered development of a jurisprudence of interspousal equality before the law. Third, it would provide for the first time a clear statement of principles respecting an important aspect of the legal nature of marriage in Canada, the present lack of which is an impediment to provincial reform efforts with respect to the great body of laws within their jurisdiction that deal with family relations.

Much of what we have proposed in this working paper is not far removed from the present practice of the courts, although in the absence of a coherent legislative policy, the jurisprudence is often uneven and lacking in focus. Parliament has an obligation to clearly articulate the direction in which the law should move in

every case, within a conceptual framework that is consistent with known, uniform and fair principles.

Oliver Wendell Holmes once wrote "a body of law is more rational and more civilized when every rule it contains is referred articulately and definitely to an end which it subserves, and when the grounds for desiring that end are stated or are ready to be stated in words." By this test, the *Divorce Act* maintenance provisions are clearly deficient. One spouse—either a husband or a wife—may be ordered to pay maintenance to the other at the time of divorce. There is no indication in the *Divorce Act* as to why this should happen, what the nature of the obligation is, what a spouse must show in order to present a maintenance claim, the criteria determining the duration for which maintenance should be payable, the relationship between conduct and the eligibility for maintenance, whether maintenance is a pension or a form of rehabilitory assistance, or how much maintenance should be paid. In this working paper we have attempted to answer these questions and to state the ends and the underlying purposes of interspousal maintenance on divorce.

We believe that these questions are far too significant to far too many people for Parliament to continue to remain silent. Nor should the courts be expected to restructure these fundamental tenets of family law where Parliament has not done so. The importance of legislative reform to the strength of the family and the future vitality of the institution of matrimony—and therefore to the Canadian society itself—is manifest.

The specific reforms we propose in this working paper deal only with maintenance principles that are amenable to federal action. Concepts of legal equality on divorce, however, should be only a pale reflection of a reality of equal treatment before the law that is born with a marriage under provincial and territorial laws and which characterizes every aspect of all legal relationships between husband and wife. Given the constitutional division of legislative authority over matters that affect many significant features of marriage, Parliament, in the areas discussed in this working paper, can really only accomplish part of the task. The removal of obstacles to the development of a new Canadian ethos of socio-legal equality for all married persons requires coordinated affirmative action by all governments and legislatures in Canada.

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 12

les divorcés et leur soutien

1975

© Droits de la Couronne réservés
En vente chez Information Canada à Ottawa, K1A 0S9
et dans les librairies d'Information Canada:

HALIFAX
1683, rue Barrington

MONTRÉAL
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA
171, rue Slater

TORONTO
221, rue Yonge

WINNIPEG
393, avenue Portage

VANCOUVER
800, rue Granville

ou chez votre libraire

Prix: Canada: $2.00
Autres Pays: $2.40

N° de catalogue J 32-1/12-1975

Prix sujet à changement sans avis préalable

Information Canada
Ottawa, 1975

Avis

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au Ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire d'ici trois mois à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président
L'honorable Antonio Lamer, vice-président
Dr J. W. Mohr, membre à plein temps
Dr G. V. LaForest, c.r., membre à plein temps
Claire Barrette-Joncas, c.r., membre à temps partiel

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Phil., LL.B.

Attachés de recherche

Julien D. Payne, LL.B., directeur
François Chrétien, B.A., LL.L.
Barbara Hough, B.A., LL.B.
Hugh Silverman, c.r., LL.M.

Conseiller

Edward F. Ryan, B.A., LL.B., LL.M.

Table des matières

		PAGE
Introduction		1
Chapitre Un:	Les fondements historiques du droit actuel	5
Chapitre Deux:	La situation actuelle	13
Chapitre Trois:	Principes nouveaux applicables aux dispositions financières	19
Chapitre Quatre:	Conclusions	43

Introduction

Dans notre document de travail sur les biens des époux, nous avons insisté sur la nécessité de réaliser par un moyen ou par un autre le partage équitable des biens dans le mariage. Mais il ne s'agit là que d'un aspect seulement d'un programme d'ensemble de réformes juridiques devant être entreprises au sein de la famille canadienne. Le présent document de travail traite d'un autre problème fondamental: l'obligation de soutien entre époux. La modification des règles de soutien entre époux, à la fois sur le plan de la forme et des principes, est une étape importante sur la voie d'une meilleure définition juridique, de ce que constitue le mariage et devrait permettre d'établir une base solide pour d'autres réformes du droit des époux.

Sous sa forme classique ou historique, l'obligation de soutien née du mariage fait que le mari est tenu en droit de pourvoir à l'entretien de sa femme, qu'il s'agisse de logement, de nourriture ou d'habillement. Ce principe a été renforcé par la doctrine selon laquelle la femme peut engager le crédit de son mari pour des dépenses personnelles ou par l'achat de biens du ménage destinés à assurer le niveau de vie déterminé par le mari, mais que ce pouvoir était refusé à la femme si telle était l'intention du mari ou si cette dernière était coupable d'adultère ou d'abandon du foyer conjugal. Par contre, la femme mariée n'avait aucun devoir correspondant envers son mari et aucune obligation de participer à l'entretien du ménage. Le droit civil s'est toujours prononcé en faveur d'une réciprocité théorique restant toutefois soumise aux

dispositions du code civil qui assignaient avant tout au mari les principales responsabilités financières.

L'éducation des enfants et le travail à la maison constituent un choix légitime et permettent d'apporter une contribution d'un grand intérêt pour l'équilibre de la famille et pour la stabilité de la société. Il ne faut pas que la réforme du concept de soutien puisse refuser ce choix à quiconque en raison d'une redistribution des obligations financières entre époux ou que l'on puisse exiger que des personnes mariées travaillent à l'extérieur si elles n'en ont pas envie. De la même manière, nous estimons qu'il n'est pas bon en droit de continuer à soutenir le principe selon lequel le meilleur moyen pour une femme de prendre part à la vie économique se trouve dans le mariage et que l'homme doit organiser sa vie en partant du principe que son rôle dans le couple est régi par un principe légal selon lequel il est le premier responsable du bien-être financier de la famille.

La loi fédérale sur le divorce s'est départie de cette tradition même si le principe de soutien entre époux prévu par la *Loi sur le divorce* est encore insuffisant, ainsi que nous l'indiquons plus loin dans ce document. Les règles et les lois provinciales qui portent sur l'obligation de soutien entre époux n'ont pas encore été libérées dans la plupart des cas de tout préjugé sexuel.

La tradition juridique portant sur les règles de soutien entre époux, dont nous discuterons plus longuement au chapitre 1, est un produit des réalités culturelle et économique du passé. Nombreuses sont les normes et les pratiques sociales ayant eu cours dans notre histoire, qui se révèlent aujourd'hui inadaptées et même parfois intolérables dans notre société. Il est bien évident que lorsque de nouvelles valeurs s'imposent et que de nouveaux intérêts se font pressants, les lois consacrant des situations antérieures s'avèrent inadaptées aux réalités nouvelles.

Le concept de dépendance sanctionné par le droit en fonction du sexe a servi certaines fins légitimes pendant des siècles. La plupart des femmes étaient exclues d'un grand nombre d'activités extérieures et le droit en a fait par conséquent des personnes à charge de leurs maris. Une telle classification par sexe ne constitue

une politique sociale rationnelle qu'aussi longtemps que les activités extérieures s'appuient sur des critères sexuels véritables et observables tels que la force ou le désir d'éviter des grossesses non désirées; ou sur l'existence d'une pleine capacité en droit et de véritables possibilités d'éducation, qui toutes deux ont été historiquement refusées à la femme (elles le sont encore dans une certaine mesure); et, plus important encore, sur un ensemble de croyances admises selon lequel certaines fonctions que peuvent remplir les deux sexes sont, pour une raison ou pour une autre, exclusivement réservées aux hommes, alors que d'autres le sont aux femmes.

L'évolution qu'ont subie au vingtième siècle les fondements rationnels du principe de la dépendance de la femme a été profonde. Toutefois, l'obligation d'entretien reconnue par la loi constitue encore un élément essentiel du mariage où l'on assiste à une répartition des tâches entre le conjoint qui élève les enfants et celui qui gagne l'argent à l'extérieur. Ce qui n'est plus essentiel est le besoin de répartir ces tâches en fonction des sexes, ou même la croyance qu'il devrait en être ainsi. L'homme peut dispenser ses soins et son affection à ses enfants aussi bien que la femme, et il devrait lui être tout aussi possible de le faire en droit. Les appareils ménagers, les méthodes efficaces de contrôle de naissance et les facilités d'accès à l'éducation ont écarté les véritables obstacles à la participation des femmes à l'ensemble des activités extérieures. La discrimination sexuelle, qui reste très puissante dans certains secteurs, est considérée de plus en plus comme un problème pour ceux qui en sont l'auteur plutôt que pour ceux qui en souffrent. La liberté de choix pour les deux sexes est de plus en plus reconnue alors que diminue au contraire l'idée selon laquelle il existe un «destin biologique».

Nous estimons que la situation exige que l'on entreprenne des réformes appropriées en ce qui concerne les liens juridiques du mariage. Si l'on ne parvient pas à adapter le droit aux besoins et aux intérêts légitimes de la société contemporaine, cela aura des conséquences graves venant affaiblir le fondement juridique de la famille. Dans ce document de travail, nous avons présenté un certain nombre de propositions précises visant à modifier le droit

fédéral, ainsi que de nombreuses remarques d'une grande importance en ce qui concerne le droit provincial. D'un strict point de vue juridique, il existe des différences fondamentales entre l'obligation alimentaire au cours du mariage, qui est du ressort provincial, et l'obligation de soutien à la suite du divorce, qui est régie par le droit fédéral. Toutefois, du point de vue social ou historique, ces principes juridiques ont une origine commune dans les coutumes et les réalités économiques du passé. Ainsi que l'a fait remarquer la doctrine, le droit est une «toile sans couture». A certaines fins, il sera donc nécessaire d'établir une distinction entre l'obligation de soutien au cours du mariage et l'obligation de soutien au moment du divorce, sans oublier qu'il existe par ailleurs une unité philosophique qui sous-tend les obligations financières du mariage consacrées légalement le jour de sa célébration et qui survivent en droit après le divorce.

Comme dans toutes nos publications en ce domaine, nous nous proposons d'explorer les aménagements possibles du droit afin de renforcer la cellule familiale. Nous estimons que l'examen des idées et des choix qui se posent serait mal engagé si l'on devait passer sous silence les différents éléments véritablement propres au droit des époux et relevant de la compétence provinciale.

Le but de ce document de travail est de soulever un certain nombre de questions en vue d'amorcer un débat au sein du public et d'obtenir son avis. Toute personne intéressée est invitée à faire connaître son opinion à la Commission de réforme du droit qui ne manquera pas d'en tenir compte avant de faire parvenir son rapport final au ministère de la Justice et au Parlement.

CHAPITRE 1

Les fondements historiques du droit actuel

La plupart des personnes au Canada connaissent bien et certaines d'entre elles acceptent même d'emblée l'idée selon laquelle le mari doit pourvoir à l'entretien de sa femme. Il s'agit d'une tradition héritée de réalités aujourd'hui dépassées qu'il convient donc de réexaminer en conséquence.

On a pensé à un certain moment que cet aménagement financier à l'intérieur du couple, dûment sanctionné par le droit, était voulu par quelque agencement naturel et immuable de la société. On posait *a priori* que le destin biologique et social de l'homme voulait qu'il prenne des responsabilités et se porte à la tête des gouvernements, de la vie professionnelle et de l'économie. On considérait la femme comme «naturellement» parfaitement adaptée au rôle de ménagère et de gardienne d'enfants, ce qui lui valait une protection toute particulière dont n'avait pas besoin le mâle indépendant, et qu'elle obtenait sa plus grande satisfaction en s'identifiant à la réussite sociale de son époux. L'homme rapportait l'argent à la maison et la femme lui servait de domestique à charge.

Ces attitudes et ces convictions ne peuvent plus être affichées aujourd'hui sans risque d'exagération. A notre avis, la plupart des Canadiens se refusent à penser que l'homme est par nature un meilleur professionnel, un meilleur législateur ou un meilleur travailleur, etc., que la femme, ou que la femme qui, par exemple, aurait les possibilités et la volonté de poursuivre une carrière de biochimiste ou de directrice d'école doive être orientée par la

société vers des tâches ménagères qui correspondent davantage à sa «nature». De la même manière, nombreux sont les gens qui remettent en cause la validité et l'opportunité d'accords qui ne laissent à un père d'autre choix que de se voir séparé de ses enfants pendant la plus grande partie de leurs années de formation étant donné le rôle de pourvoyeur que la société lui impose en tant qu'homme. Pourtant, la Commission royale sur la situation de la femme au Canada a indiqué dans son rapport que ce type de préjugé sexuel caractérise notre société et est sanctionné par le droit. Les aménagements juridiques d'aujourd'hui ne devraient plus dépendre pour leur validité d'une telle justification *a priori*. Un tel type de raisonnement ne sert qu'à soustraire les fondements du droit des époux de l'examen critique.

L'histoire du droit des époux est fondée sur l'axiome de l'obligation de soutien unilatérale, indiscutée jusqu'à récemment et justifiant l'ensemble des liens juridiques régissant l'homme et la femme mariés. Nous affirmons qu'une nouvelle conception juridique du mariage, conçu comme une communauté entre égaux, ne peut raisonnablement se fonder sur un principe basé sur la conception primitive de la domination du mâle sur la femelle symbolisée par la règle du soutien.

Cette philosophie se comprend plus aisément si l'on en examine les fondements. En 1935, bien avant que ce débat ne soulève des passions, un doctrinaire a posé le problème en ces termes durs et tranchants:

> [L'obligation de soutien traditionnelle] . . . était un lien économique entre maître et esclave, et c'est ce lien économique qui existe entre une personne et son animal domestique. En common law anglaise, la femme était la propriété de l'homme sur le plan des relations économiques . . . La planification financière du mariage se fondait sur les liens économiques existant entre le propriétaire et son bien.

Même si la validité de cette doctrine n'est plus reconnue aujourd'hui, elle continue à influer sur la philosophie actuelle du droit des époux. Les termes de «propriétaire» pour le mari et de «propriété» pour la femme ne figurent pas, bien entendu, dans les jugements d'aujourd'hui; seul le principe subsiste puisque c'est lui

qui, traditionnellement, a présidé à l'élaboration de notre droit actuel. Et la tradition, selon les termes d'Oliver Wendell Holmes, «l'emporte sur toute politique rationnelle.»

On peut également justifier l'existence du concept de soutien par les exigences de la société féodale. Une femme mariée n'avait aucun rôle important à jouer dans les affaires influant sur l'organisation économique, religieuse, gouvernmentale ou militaire du féodalisme. Elle et son mari ne constituaient aux yeux du droit qu'«une seule personne», le mari ayant la charge exclusive d'administrer non seulement ses propres affaires, mais aussi celles de sa femme. Demander au mari d'assurer le soutien de sa femme revenait intellectuellement à exiger qu'il assure le sien propre. Il n'était pas possible d'avoir une autre conception logique des choses puisqu'aucune autre ne pouvait correspondre à la constitution de la société féodale.

Cette doctrine de «l'unité de la personnalité juridique» fait encore partie intégrante de l'obligation de soutien et en conséquence, appartient à la plupart des autres secteurs du droit actuel de la famille, malgré l'existence de statuts non conformes à cette notion féodale. Ainsi que l'a écrit en 1971 l'un des principaux doctrinaires en matière de droit de la famille, les réformes législatives n'ont réussi jusqu'à présent:

> [TRADUCTION] . . . rien d'autre que l'élaboration d'un grand nombre d'exceptions aux règles anciennes, sans attaquer le mal par la racine, en abolissant ce principe fondamental [en l'espèce, la doctrine de «l'unité de la personnalité juridique»] . . . Les tribunaux ont toujours soutenu que ces lois ne confèrent pas en droit à l'épouse l'état de [personne non mariée], sauf dans certains cas bien déterminés et de portée limitée, et même dans ce cas les exceptions ont été interprétées, sinon étroitement, du moins sans trop de cohérence.

A l'heure actuelle, de nombreuses opinions juridiques et sociales concernant les liens existant entre l'homme et la femme mariés, et ayant des conséquences profondes sur les choix et la vie de chaque individu, sont encore, dans une large mesure, influencées par le bras séculier du féodalisme. Le mariage est l'une des dernières institutions de la société canadienne dans laquelle les droits et les obligations fondamentaux de l'individu sont fixés

par le droit, en fonction d'une idée préconçue du comportement lié à l'état des personnes (qu'est-ce qui est convenable en fonction de l'état de «mari» ou de l'état de «femme») de la même manière que la société féodale a pu imposer des obligations et conférer des droits aux individus selon qu'ils avaient l'état de «serf», de «sous-métayer», de «seigneur» etc.

Il est bien connu en droit que l'on a pu mesurer les progrès de la société par l'avènement de «la capacité de contracter». Ce qui signifie, en l'espèce, qu'un système juridique bien élaboré doit permettre à l'individu d'organiser ses droits et ses obligations juridiques conformément à ses besoins et à ses intérêts et non lui octroyer ou lui retirer ses prérogatives en fonction de préceptes juridiques admis, et donc autoritaires, définissant ce qui convient à son état. On en est venu à reconnaître que le principal objet du droit est d'assurer et de sanctionner l'autonomie et la liberté de choix de chacun, plutôt que de nuire au développement des individus et des institutions par une fixation des structures sociales à l'intérieur d'un cadre rigide de relations tenant à l'état des personnes. Toutefois, en règle générale, les personnes mariées n'ont pas pu bénéficier de cette évolution et elles continuent à supporter le poids de leur «état» défini par le droit et déterminé en grande partie par la conception féodale de la condition de femme ou de mari.

Une troisième raison importante qui explique l'existence de la règle de soutien réside dans le fait qu'en common law, le mari se voyait attribuer la propriété ou la maîtrise de l'ensemble des biens de sa femme au moment du mariage, y compris les revenus de celle-ci. Des droits importants d'administration et de disposition des revenus de la femme étaient aussi accordés au mari par le droit civil. La femme mariée ne pouvait donc subvenir à ses besoins puisqu'elle n'avait pas en droit la capacité de détenir des biens ou de conserver ses gains. Dans ces circonstances, il était normal que le mari ait été tenu en droit de subvenir aux besoins de sa femme.

Les règles qui conféraient au mari de tels droits sur les biens et sur les revenus de sa femme ont été modifiées de manière substantielle au Québec au cours des quarante dernières années.

Les *Lois sur les biens de la femme mariée* de la fin du dix-neuvième et du début du vingtième siècle ont aboli les droits de propriété et de disposition du mari dans les provinces de common law. Mais la règle de soutien est restée inchangée. De manière générale, cela provenait du fait que la société victorienne n'était ni socialement ni économiquement prête à accepter la femme libérée travaillant à l'extérieur, et que ces réformes étaient essentiellement le produit d'une philosophie élaborée au cours de l'ère victorienne. On trouve une raison plus précise dans l'influence qu'avaient sur le droit les couches de la société dont les intérêts étaient les plus menacés par la loi ancienne et mieux servis par la nouvelle, les classes propriétaires, qui considéraient à l'époque que les seuls travaux salariés pouvant convenir à des femmes concernaient le service et les tâches ancillaires. La situation sociale du mari ainsi que la respectabilité de sa femme à l'intérieur de la classe dominante auraient été remises en question si la femme avait voulu travailler. En outre, peu de gens pouvaient concevoir à l'époque victorienne la valeur d'une carrière hors du foyer pour une femme mariée, qu'il s'agisse pour elle de se réaliser en tant que personne ou d'apporter comme son mari une contribution à la société. Au contraire, l'épouse bénéficiant de l'autonomie personnelle que confère l'indépendance financière vis-à-vis de son mari était perçue comme une menace pour la stabilité de la famille victorienne modèle où les rôles rigides et bien établis de l'homme et de la femme mariés protégeaient les deux conjoints contre les vents de changement qui commençaient à souffler dans d'autres secteurs de la société. La préservation de ces intérêts de classe était une valeur dominante du droit de la famille légué au vingtième siècle par l'époque victorienne.

Il serait erroné d'attribuer seulement au droit les différentes attitudes et croyances sur l'homme et la femme qui ont caractérisé l'histoire des relations économiques dans le mariage. Avant tout, le droit s'est efforcé de rationaliser l'ordre social existant sans chercher à formuler clairement quel type de société le système juridique devait favoriser, et pourquoi il devait en être ainsi. Même si la justification donnée formellement par le droit en faveur du maintien de la dépendance économique d'un sexe par rapport

à l'autre a évolué avec la société, l'existence de cette dépendance n'a pas, jusqu'à une date récente, été remise en cause.

Le thème unificateur à la base de la tradition de soutien entre les époux sanctionné par le droit, du féodalisme à la société industrielle moderne, est la réalité historique qui voit la domination par l'homme des secteurs politique et économique de la société et de ses institutions. Dans un livre récent intitulé *Economics and the Public Purpose*, John Kenneth Galbraith présente en économiste une explication des relations actuelles qui existent entre la réalité et les hypothèses juridiques reconnues lorsqu'il s'agit de déterminer qui doit travailler à l'extérieur et qui doit être à charge. Il établit l'évidence du «monopole actuel des hommes sur les meilleurs emplois dans l'économie.» Il est nécessaire, selon la thèse de Galbraith, de modifier les principes juridiques s'appliquant aux accords financiers entre époux et de s'efforcer en commun de mettre fin à la discrimination sexuelle sur le marché du travail, de manière à ce que les régimes matrimoniaux et l'économie se combinent pour offrir un éventail de possibilités véritables aux deux sexes, qu'il s'agisse de personnes mariées ou de célibataires:

> [TRADUCTION] Une société tolérante ne devrait pas mal juger une femme qui trouve satisfaction dans l'acte sexuel, la maternité, l'éducation des enfants, la coquetterie et l'organisation de la consommation. Mais il est certain qu'elle jugera mal une société qui n'offre pas d'autres choix et qui met la vertu là où se trouve en réalité l'intérêt des producteurs de biens.

Dans le cadre d'une campagne de publicité nationale actuellement en cours au sujet de l'Année internationale de la femme, le ministre fédéral responsable du statut de la femme se demande pourquoi

> [TRADUCTION] . . . nous sommes si nombreux à éduquer nos enfants en leur laissant croire que les filles n'ont finalement pas de choix. Que la médecine, le droit, la politique et l'industrie sont des carrières pratiquement fermées aux femmes. Que toutes les décisions importantes sont prises par des hommes. Que les femmes n'ont pas l'étoffe de chef.

Nous pensons que la réponse à cette question se trouve dans l'héritage historique de la dépendance féminine, consacrée par

la société et conservée par le droit pour les motifs évoqués dans ce chapitre. Ce qui apparaît comme une protection et un privilège est en réalité une barrière et un joug. La tradition juridique qui veut que certaines personnes soient dépendantes en raison de leur sexe et non de leurs besoins ou de leurs capacités, et qui consacre une certaine répartition des rôles à l'intérieur du mariage, n'a plus sa place dans une société dont l'un des objectifs est l'élimination de toute discrimination en raison du sexe.

Nous dirons en conclusion que ni l'histoire ou la tradition, ni les considérations concernant la nature ne permettent de justifier que l'on conserve dans notre droit les effets d'une opinion suivant laquelle l'un des sexes, en tant que catégorie, devrait être dispensé des responsabilités financières découlant du mariage. Ces responsabilités devraient être raisonnablement équivalentes à celles que supporte l'autre sexe. Nous estimons qu'en conservant plus longtemps dans notre droit la moindre manifestation de cette tradition, nous faisons inutilement obstacle à la réalisation de l'égalité socio-économique des deux sexes au Canada.

CHAPITRE 2

La situation actuelle

La compétence législative portant sur l'obligation de soutien entre époux est divisée entre le parlement fédéral et les législatures provinciales. Les lois provinciales définissent actuellement la nature des obligations nées du mariage jusqu'au moment d'un divorce. L'obligation de soutien à la suite du divorce est régie par une loi fédérale: la *Loi sur le divorce*.

A une certaine époque, les différentes lois canadiennes régissant le soutien entre époux étaient essentiellement identiques et reflétaient les traditions dont nous avons parlé au dernier chapitre: l'homme marié, estimait-on, constituait le premier soutien financier de sa femme et la femme mariée était présumée à sa charge. Ces principes constituaient, et constituent toujours, la philosophie sous-jacente à la plupart des lois provinciales régissant les relations entre conjoints, ces dernières accordant des avantages, imposant des responsabilités et appliquant différents critères de comportement suivant le sexe de la personne mariée. La théorie juridique traditionnelle du mariage voulait que le mari s'engage à subvenir aux besoins de sa femme en retour de ses services exclusifs, de son affection et d'un privilège sexuel, ce que le droit regroupe sous le terme abstrait de «*consortium*». Bien que le droit civil établisse une certaine forme de réciprocité dans ce domaine, la théorie traditionnelle du mariage en common law n'octroyait à la femme mariée aucun droit substantiel en retour et ne lui imposait aucune obligation de soutien envers celui-ci.

L'unité de cette philosophie est en voie de se rompre au Canada. Plusieurs provinces ont abandonné le principe du soutien unilatéral en faveur d'un droit qui exige de la femme qu'elle entretienne son mari en cas d'incapacité physique ou mentale de celui-ci, ou qui demande simplement à chaque conjoint d'apporter une contribution raisonnable à l'entretien de l'autre sans distinction de sexe. Des attitudes en ce sens ont été adoptées en Alberta, en Colombie-Britannique et au Québec.

La loi fédérale sur le divorce de 1968 fait en sorte que le mari comme la femme peuvent être tenus de pourvoir à l'entretien de l'autre à la suite du divorce. La raison en est bien claire: il n'était plus possible de justifier logiquement l'ancien droit régissant l'obligation de soutien. Même si l'on doit reconnaître qu'il s'agit là d'un grand pas en avant, sa portée a été limitée par le fait qu'une grande partie du droit de la famille, y compris l'obligation de soutien pendant le mariage, et tout ce qui découle des principes traditionnels sur lesquels s'appuie cette obligation, relève de la compétence législative des provinces. Les modifications apportées au droit en matière de divorce peuvent peut-être ouvrir la voie à l'élimination de la discrimination sexuelle dans le droit de la famille en général, mais elles ne peuvent le faire seules.

En conséquence, le droit de la famille souffre au Canada d'une distorsion entre le principe de soutien posé par la loi fédérale sur le divorce qui établit une certaine égalité sexuelle et les obligations de soutien prévues par la plupart des lois provinciales lesquelles supposent une certaine dépendance de la femme mariée. En termes de soutien, la *Loi sur le divorce* envisage le mariage comme étant une institution impliquant une relation entre deux égaux en droit, ce qui n'est manifestement pas le cas pour la majorité des personnes régies par la loi. En outre, le principe d'égalité posé dans la *Loi sur le divorce* diffère des concepts définis par l'ensemble des lois provinciales et territoriales qui, hormis les lois relatives au soutien, contribuent à définir collectivement la signification juridique du «mariage». Il est vrai dans une certaine mesure que même dans les juridictions qui ont abandonné l'ancienne règle du soutien unilatéral, les liens de dépendance sexuelle sont maintenant disparus, mais que d'autres lois, règle-

ments, principes d'interprétation ou coutumes juridiques qui s'appuient sur le principe de dépendance restent en grande partie inchangés. Certains secteurs du droit fédéral ne sont d'ailleurs pas encore libérés de ces séquelles du passé.

Une autre difficulté, que l'on rencontre aussi bien dans la *Loi sur le divorce* que dans les lois provinciales qui font appel à une obligation de soutien réciproque, est que l'on ne trouve nulle part une déclaration de principe affirmée clairement par le pouvoir législatif et établissant que chacun des conjoints est tenu d'assurer le soutien de l'autre. L'ancienne règle, tout en étant discriminatoire du point de vue juridique et dommageable du point de vue social et économique avait au moins le mérite d'être claire: l'homme doit entretenir la femme. La nouvelle formule, selon laquelle chacun des conjoints peut être tenu ou non de pourvoir à l'entretien de l'autre, n'a pas été accompagnée d'une déclaration législative établissant les principes devant être pris en considération pour déterminer la portée et la nature de cette obligation financière que chaque conjoint a envers l'autre, si obligation il y a. En conséquence, et au détriment de l'efficacité des réformes récentes, une grande partie de la jurisprudence ancienne continue à primer indûment sur la nouvelle. Il est implicite, dans la législation qui fait appel au nouveau principe, que l'obligation de soutien entre époux reste une caractéristique du droit de la famille au Canada. On oublie de mentionner *pourquoi* et, en supposant qu'une personne mariée a une obligation de soutien envers son conjoint, *quels sont les faits et les conditions qui font qu'un des époux est fondé en droit à recevoir le soutien de l'autre*.

Sur le plan des principes, il est légitime de se demander ce qui se passe quant au reste du droit de la famille lorsque le tissu juridique fondamental du mariage devient l'égalité devant la loi. La réponse en est que l'ancien droit de la famille survit, mais que chaque fois qu'il contrevient au principe d'égalité, il devient tout simplement arbitraire. Dès que l'on admet le principe suivant lequel les droits et obligations de soutien doivent être déterminés selon des critères autres que celui du sexe, la raison de l'existence de quelque autre règle discriminatoire en droit de la famille, vient à disparaître.

En vérité, nous assistons aujourd'hui au Canada à un abandon progressif d'une conception archaïque du droit régissant le mariage, sans que l'on soit encore parvenu à affirmer de manière satisfaisante quels sont les nouveaux principes juridiques devant établir ce qu'est *véritablement* le mariage. Nous estimons que la solution à ce problème réside dans une nouvelle formulation de l'obligation de soutien créée par le mariage en fonction de principes nouveaux et clairement établis aussi bien au niveau fédéral que provincial. En effet, aucune autre solution n'est possible, à moins que nous continuions à accepter le caractère légitime des distinctions établies en fonction du sexe comme fondement de la définition juridique du mariage au Canada, et que nous soyons prêts à tolérer plus longtemps les effets psychologiques, sociaux et économiques que subit la société du fait de la discrimination sexuelle institutionnalisée caractérisant le lien juridique fondamental entre l'homme et la femme.

Il est évident qu'une transformation en profondeur de la philosophie sous-jacente à l'obligation de soutien entre époux ne peut entraîner immédiatement la disparition de toute discrimination sexuelle dans les structures économiques et sociales de la société canadienne. Elle constituera toutefois une condition préalable à l'élimination d'une telle discrimination. Les premiers pas en ce sens ont été faits en 1968 par la *Loi sur le divorce*, laquelle disposait que le droit au soutien ne serait plus établi en fonction du sexe de son bénéficiaire. Mais cette législation n'a encore fait que la moitié du chemin. Les vieux principes ont disparu sans que rien ne vienne les remplacer. Le Parlement doit maintenant examiner l'institution du mariage et déterminer à quelles conditions l'une des parties, au moment du divorce, est fondée en droit à réclamer une participation financière de l'autre, quels sont les faits qui doivent être prouvés pour qu'une telle demande puisse être faite, quels sont les principes qui déterminent les sommes devant être accordées et quelles sont les circonstances jugées essentielles en droit pour déterminer la durée du versement des prestations. En procédant de cette manière, le Parlement comblera le vide laissé par la *Loi sur le divorce*.

Une affirmation claire des principes régissant l'obligation de soutien dans la *Loi sur le divorce* n'entraînera aucune difficulté supplémentaire, puisque le principe de responsabilité mutuelle en matière de soutien est déjà en contradiction avec les principes de soutien établis par la plupart des provinces. La *Loi sur le divorce* est en contradiction non seulement avec les règles de soutien de ces juridictions, mais aussi avec les principes juridiques du mariage définis par l'ensemble des lois sur la famille fondé sur ces règles. Nous ne pensons pas que le Parlement doive, ni même, compte tenu des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits de l'homme*, puisse se permettre de chercher à éliminer cette disparité en revenant à une philosophie de soutien accordé en fonction du sexe advenant un divorce. Il serait préférable qu'il s'engage à formuler un ensemble de règles rationnelles et non arbitraires, afin de prévoir des dispositions financières au chapitre de la *Loi sur le divorce*, lesquelles seraient un prolongement logique du principe d'égalité des droits et des obligations qui font aujourd'hui partie intégrante de cette loi. Ce qui est implicite doit être exprimé de façon explicite.

Le Parlement ne peut pas, bien entendu, exiger que l'on modifie les lois provinciales. Il ne lui est même pas possible, compte tenu de la nature de l'état fédéral, d'essayer de le faire de manière indirecte. Sur ce point, sa responsabilité est exactement la même que celle d'une législature provinciale: promulguer des lois qui, dans le domaine qui relève de sa compétence, répondent le mieux aux intérêts des individus, du public et de la société en fonction des priorités dont il perçoit le caractère impératif.

Nous ne pensons pas que seul le palier fédéral soit intéressé à l'élimination de toute discrimination établie indûment par le droit en fonction du sexe dans le cadre de l'institution du mariage, ni que les démarches faites en ce sens par le Parlement dans les secteurs du droit de la famille qui relèvent de sa compétence resteront isolées bien longtemps. Il est indispensable que le Parlement précise davantage la nature et le concept de l'obligation de soutien entre époux, si l'on veut que les provinces puissent entreprendre l'aménagement des lois dans des domaines connexes (lois sur les pensions alimentaires et lois concernant les épouses

abandonnées), sans risquer de se trouver ensuite aux prises avec des lois fédérales venant contrecarrer leurs réformes ou d'être forcées d'agir sans connaître l'opinion du Parlement sur les véritables fondements du droit de la famille au Canada.

Ainsi que nous l'avons indiqué dans notre document de travail précédent sur les biens des époux, il est indispensable d'obtenir la coopération des différents ordres de gouvernement dans ce domaine et nous voulons croire que l'on saura reconnaître l'intérêt des consultations en y procédant aux niveaux fédéral et provincial au moment d'effectuer ces modifications.

CHAPITRE 3

Principes nouveaux applicables aux dispositions financières

Selon la tradition, le droit canadien de la famille reflète un lien de dépendance entre les époux déterminé par le sexe. Nous adhérons à la philosophie des réformes qui prévoient l'égalité en droit des deux conjoints, quel que soit leur sexe, et nous estimons que le moment est venu d'apporter les corrections nécessaires à la *Loi sur le divorce* afin qu'elle en soit imprégnée. A l'heure actuelle, cette loi ne contient aucune disposition véritable venant effectivement contredire le principe selon lequel le sexe du bénéficiaire a des effets juridiques significatifs en ce qui concerne ses droits et ses obligations de soutien au moment du divorce.

Le mariage devrait symboliser l'union de deux personnes égales en droit dans laquelle il pourrait exister une répartition des rôles ou une «spécialisation», conformément aux besoins affectifs, psychologiques et financiers des conjoints et de leurs enfants. Les droits et les obligations financières découlant du mariage devraient refléter en droit les *accords personnels* intervenus entre les conjoints selon leurs intérêts et leur situation, et non *imposés* conformément à des hypothèses juridiques traditionnelles fixant le rôle sexuel de chacun des époux. L'obligation de soutien au moment du divorce devrait permettre au conjoint se trouvant dans l'incapacité de subvenir à ses besoins financiers à la suite du mariage de retrouver cette capacité dans les meilleurs délais. On devrait y parvenir au moyen de nouvelles dispositions financières dans la *Loi sur le divorce* en fonction des besoins réels sans tenir compte d'une notion de faute ou de punition.

Nous ne proposons pas l'adoption de dispositions statutaires qui iraient à l'encontre des désirs d'un couple, qui imposeraient une philosophie légale du mariage contraire aux accords intervenus entre les époux suivant leur situation particulière, ou qui les empêcheraient de vivre en accord avec les préceptes religieux ou les normes culturelles auxquels ils désirent se conformer. Le droit doit laisser les personnes mariées libres d'organiser leur mariage comme elles l'entendent et ne devrait pas influer sur leur choix par le biais de droits financiers juridiquement protégés. Nous estimons que ce principe doit devenir le fondement juridique du droit de la famille au Canada et qu'il devrait être adopté par le Parlement lorsque ce dernier entreprendra de formuler les principes régissant les droits et obligations de soutien entre époux au chapitre de la *Loi sur le divorce*.

Nous suggérons la reconnaissance des principes suivants:

1. Le mariage en soi ne confère pas un droit ou une obligation de soutien après le divorce; une personne divorcée doit subvenir elle-même à ses besoins.

2. Le droit au soutien peut naître de besoins raisonnables tels que:
   (a) la répartition des rôles au cours du mariage;
   (b) l'accord exprès ou tacite suivant lequel l'un des époux assurera le soutien de l'autre;
   (c) les accords intervenus quant à la garde des enfants du mariage au moment du divorce;
   (d) l'incapacité physique ou mentale de l'un des époux affectant sa capacité de subvenir à ses propres besoins; ou
   (e) l'incapacité pour l'un des époux d'obtenir un emploi rémunéré.

3. L'obligation de soutien au moment du divorce a pour but de fournir à l'époux bénéficiaire une aide financière lui permettant de couvrir ses besoins raisonnables reconnus par la loi comme donnant ouverture à un droit au soutien pendant la période de transition qui va de la

dissolution du mariage au moment où l'époux bénéficiaire doit normalement avoir réussi à pourvoir à ses propres besoins; par nature, l'obligation de soutien à la suite du divorce a premièrement pour but la réadaptation.

4. Un droit au soutien doit se prolonger aussi longtemps que les besoins raisonnables se feront sentir, sans toutefois leur survivre; le soutien sera temporaire ou permanent.

5. L'époux bénéficiaire du soutien a l'obligation de pourvoir à ses propres besoins dans un délai raisonnable à la suite du divorce sauf si, compte tenu de l'âge des conjoints, de la durée du mariage, de la nature des besoins de l'époux soutenu et de l'origine de ces besoins, il ne serait pas raisonnable d'exiger que le conjoint soutenu puisse jamais assumer la responsabilité de son propre soutien, et raisonnable d'exiger de l'autre époux qu'il continue à assumer cette responsabilité.

6. Le droit au soutien ne peut être remis en cause, annulé ou restreint en raison de la conduite pendant le mariage ou d'une conduite postérieure au mariage sauf si
   (a) cette conduite entraîne une diminution des besoins raisonnables; ou
   (b) cette conduite prolonge artificiellement ou de manière déraisonnable les besoins qui fondent l'obligation de soutien ou prolonge artificiellement ou de manière déraisonnable la période au cours de laquelle la personne soutenue doit se préparer à assumer la responsabilité de son propre soutien.

7. Les sommes allouées à titre de soutien devront être déterminées en fonction:
   (a) des besoins raisonnables de l'époux ayant droit au soutien;
   (b) des besoins raisonnables de l'époux tenu d'assurer le soutien;
   (c) des biens de chaque époux après le divorce;

(d) de la capacité de paiement de l'époux tenu d'assurer le soutien;

(e) de la possibilité pour l'époux ayant droit au soutien de subvenir à ses propres besoins; et

(f) des obligations de chacun des époux envers les enfants du mariage.

Nous allons maintenant aborder l'étude de ces principes.

Le mariage en soi ne confère pas un droit ou une obligation de soutien après le divorce; une personne divorcée doit subvenir elle-même à ses besoins.

La célébration du mariage ne doit pas créer automatiquement une situation de dépendance financière. Les règles de soutien doivent tenir compte de cette réalité et être modifiées en conséquence. Ainsi par exemple, les droits et les obligations de soutien au cours du mariage pourraient être soit réciproques soit personnels au départ, quitte à ce que le droit prévoie dans chaque cas un déplacement de la responsabilité financière fondamentale et exclusive d'un époux à l'autre lorsque les circonstances l'exigent. Que ces formules soient adoptées et la façon de le faire sont laissées bien entendu à l'appréciation des gouvernements et des législatures provinciales. A l'instar de la Commission royale sur la situation de la femme, nous suggérons que des modifications de cette nature soient envisagées par les provinces de façon à établir une coordination logique entre les lois provinciales visant à éliminer les discriminations sexuelles d'ordre juridique dans les liens du mariage et les dispositions de la loi fédérale destinées à mettre fin à de tels liens.

Les règles de soutien en vigueur, aussi bien pendant le mariage qu'au moment du divorce, doivent envisager les aménagements de vie commune découlant d'ententes personnelles et qui feront parfois que l'un des époux bénéficiera d'une situation financière plus avantageuse, l'autre restant à sa charge, afin de mettre sur pied des droits et des obligations réalistes adaptés à la situation. Le droit ne doit *pas* perpétuer ni endosser l'idée selon laquelle le mariage n'est qu'une entente prévue par la société

pour dispenser les femmes de participer entièrement et à tous les niveaux à la vie de la société. Il ne doit pas non plus maintenir la femme dans des liens de dépendance jugés très pratiques aux fins de justifier le refus de lui accorder la possibilité d'une telle participation.

La tradition juridique conservée jusqu'à maintenant a l'inconvénient d'endosser le principe selon lequel l'une des fonctions du mariage est de permettre à une femme d'atteindre le statut découlant de la réussite financière de son mari en prenant le statut qui lui est destiné et qui lui échoit par l'intermédiaire de celui-ci. De là on assiste au phénomène qualifié par la Commission royale sur la situation de la femme de «moule culturel» qui encourage les jeunes filles à considérer le mariage comme un moyen de faire leur entrée dans la société adulte, comme un cadre privilégié où elles pourront exprimer leurs talents et comme une façon de subvenir à leurs besoins financiers. De leur côté, les garçons sont élevés en fonction de l'idée que pour se marier, ou pour obtenir les faveurs d'une partenaire plus désirable, ils doivent se préparer à réussir dans la vie.

Le monopole économique au bénéfice du mâle décrit par Galbraith peut être attribué non seulement à «l'intérêt des producteurs de biens», mais aussi au fait que la réussite économique est une nécessité absolue pour l'homme avant le mariage puisqu'en tant qu'homme, il sera tenu en droit de «subvenir aux besoins de sa famille». Les comportements et les attentes découlant des caractéristiques juridiques traditionnelles du mariage tendent donc à encourager dès le plus jeune âge une différenciation du comportement des sexes face à la vie, même si cette attitude n'a aucun lien logique avec les différences physiques entre l'homme et la femme, leurs talents, leurs possibilités intellectuelles ou la contribution qu'ils peuvent apporter à la société.

Le désir de se lier de manière permanente du point de vue social et sexuel avec un membre du sexe opposé est une motivation puissante et bien ancrée; il s'agit peut-être de la principale force qui soutient toute organisation sociale. Ainsi guidés, l'homme comme la femme feront tout ce qui est en leur pouvoir pour devenir, suivant la définition de la société, un «bon parti». Y man-

quer serait risquer de ne pas se marier. Étant donné que le droit définit le mariage et modèle en grande partie l'image du couple à l'intérieur de la collectivité, il est indispensable que ce droit affirme clairement que les personnes, et tout particulièrement les femmes, ont la possibilité de choisir leur rôle dans la vie sans être liées par des éléments arbitraires.

Le nombre croissant des divorces met en lumière le fait que le droit régissant actuellement le mariage crée une institution répondant aux besoins de liens sociaux et sexuels permanents qui s'écartent de plus en plus de ce que les particuliers s'attendent à y trouver. A notre avis, les efforts de réforme devraient s'attacher à extirper du droit régissant le mariage, et donc d'une grande partie des autres structures de notre société, toute discrimination en fonction du sexe.

Le principe établi ci-dessus est une étape essentielle sur la voie de l'élimination du mariage comme instrument permettant de perpétuer et de chercher à justifier la distribution arbitraire à l'intérieur de la société des possibilités, des charges, des droits et des obligations en fonction du sexe.

Le droit au soutien peut naître de besoins raisonnables tels que:

(a) *la répartition des rôles au cours du mariage;*

(b) *l'accord exprès ou tacite suivant lequel l'un des époux assurera le soutien de l'autre;*

(c) *les accords de garde intervenus quant à la garde des enfants du mariage au moment du divorce;*

(d) *l'incapacité physique ou mentale de l'un des époux affectant sa capacité de subvenir à ses propres besoins; ou*

(e) *l'incapacité pour l'un des époux d'obtenir un emploi rémunéré.*

Ce principe vise à répondre à la question suivante: «si le mariage ne crée pas de droits et d'obligations de soutien, d'où viennent-ils?» En général, nous suggérons que le droit au soutien découle d'ententes conclues par les personnes mariées et ayant l'effet d'empêcher l'un des époux de subvenir à ses propres besoins. Lorsqu'un couple est divorcé et que ni le mari ni la femme n'a vu

se créer de besoins à la suite de leur cohabitation, il ne devrait pas être question que l'un ou l'autre puisse exiger d'être soutenu par son conjoint à la suite du divorce. Sauf dans le cas des mariages de courte durée ou lorsque les deux conjoints ont toujours travaillé et qu'il n'y a pas d'enfants, cette situation continuera probablement à constituer, du moins pour l'avenir prévisible, l'exception et non la règle. La plupart des gens mariés ainsi que la grande majorité de la génération qui va se marier dans les quelque vingt années à venir, ont ou auront des mariages dans lesquels les rôles de travail rémunéré, de soin de la maison ou des enfants seront divisés entre les conjoints suivant une répartition conventionnelle. Ce n'est pas au droit de décider s'il s'agit là d'une bonne ou d'une mauvaise chose.

Le droit doit avoir deux objectifs principaux. Tout d'abord, il devrait adopter une philosophie du soutien entre époux qui ne doit pas tendre à imposer une certaine répartition des rôles dans le mariage en fonction du sexe, en laissant à la panoplie des coutumes sociales le soin de déterminer de quelle manière les individus organiseront leurs mariages à l'avenir. En second lieu, il doit assurer, dans la mesure du possible, la disparition des inconvénients financiers attachés au soin des enfants plutôt qu'au travail rémunéré. Du point de vue fédéral, la poursuite de ces objectifs se limite au secteur du divorce, mais ce que nous venons de dire devrait s'avérer important pour les personnes intéressées à la réforme du droit provincial de la famille de même que pour le Parlement. Nous espérons que la formulation de ce que nous estimons représenter les objectifs du droit sera utile aux législatures et aux gouvernements provinciaux dans leur étude des conséquences sociales et économiques du mariage relevant de la compétence législative provinciale.

Le principe que nous suggérons n'est pas une vaine tentative pour «chambarder la société» ni un effort tout aussi vain en vue de freiner l'évolution sociale au nom d'une orthodoxie qui n'a plus cours. Si certains couples désirent que ce soit le mari qui rapporte l'argent et la femme qui tienne la maison, c'est leur affaire et non celle du droit. De la même manière, si d'autres préfèrent que le père assure la garde permanente des enfants pendant que la mère gagne la vie de la famille, le droit ne devait pas juger, de manière

expresse ou implicite, l'opportunité de cette entente. Au contraire, le droit doit appuyer leur choix en concédant un droit au soutien à celui qui, en l'espèce le mari, s'il a bénéficié du soutien de sa femme au cours du mariage, a peut-être encore besoin d'elle au moment du divorce.

La façon dont ont été répartis les rôles qui caractérisent le mariage, ainsi que les besoins financiers existant au moment du divorce compte tenu du rôle respectif des conjoints pendant le mariage, devraient être les critères fondamentaux de l'obligation de soutien lors de la dissolution du mariage. L'examen des faits de chaque cas particulier permettrait de combler le vide laissé dans la loi sur le divorce lorsque le Parlement a abandonné la vieille hypothèse selon laquelle, devant la loi, la femme serait toujours la maîtresse de maison, l'éducateur privilégié et la personne à charge, alors que le mari serait toujours celui qui touche le salaire.

La répartition des rôles entre les conjoints, lorsque l'un travaille pour rémunération et l'autre reste à la maison, entraînera presque automatiquement une dépendance économique de l'un d'entre eux au cours du mariage. Le conjoint qui cesse de travailler pour élever les enfants et prendre soin du ménage a besoin normalement de l'aide financière de l'autre. Au moment du divorce, le droit devrait estimer dans quelle mesure le fait de se retirer du monde du travail pendant le mariage (perte de compétences, d'ancienneté, d'expérience, d'habitude, etc.) a entamé la capacité de l'époux à charge de subvenir à ses propres besoins. Les besoins qui justifient le droit au soutien découlent donc des pertes subies par le conjoint entretenu en raison de sa participation à la communauté du mariage.

Il convient de faire remarquer qu'une telle conception de l'obligation de soutien signifie nécessairement, aux yeux du droit, que chaque époux est également responsable des trois fonctions essentielles qui caractérisent la communauté du mariage: gains financiers, entretien de la maison et éducation des enfants. Dans le passé, le droit a eu tendance à consacrer formellement des stéréotypes culturels tels que «pourvoyeur» et «maîtresse de maison» en instituant les concepts de «bon époux» et «femme de charge».*

* Ordinary ranch wife.

La Commission royale sur la situation de la femme a decrit ces stéréotypes dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] Quel que soit son âge ou les circonstances, la femme est identifiée automatiquement avec des tâches telles que le soin du ménage, l'éducation des enfants, l'intérêt pour autrui et d'autres activités du même genre. C'est presque comme si nous affirmions que la nature de l'homme est de travailler dans un bureau ou dans une usine, tout simplement parce que la plupart des hommes que nous connaissons travaillent de cette manière.

Une fois que l'on aurait adopté des principes positifs allant à l'encontre de la conception juridique traditionnelle selon laquelle les rôles sexuels sont déterminés à l'avance, il ne serait plus acceptable en droit ni même possible intellectuellement pour un tribunal d'affirmer par exemple que les soins du ménage constituent une activité que l'on *s'attend* en droit à voir revenir à la femme puisque c'est elle l'épouse. Au lieu de cela, si l'on retient la formule que nous proposons, la femme qui prend soin de sa maison accomplira aux yeux du droit une tâche qui constitue une obligation *commune aux deux conjoints*. Les soins du ménage ne constitueront plus légalement un «travail de femme», que le droit considère comme allant de soi pour une femme; de même, la contribution financière apportée par le mari dans un tel mariage ne pourrait être considérée en droit comme une charge relevant exclusivement du mari. Quelle que soit la répartition des rôles entre les deux conjoints en ce qui concerne l'apport financier, les soins du ménage et l'éducation des enfants, le droit doit la considérer comme une entente intervenue entre les conjoints et visant à répartir entre les deux époux les obligations du mariage, compte tenu de leurs préférences, de leurs choix culturels, de leurs convictions religieuses ou d'autres motivations semblables. L'époux qui se charge de l'une de ces fonctions permettra donc à l'autre d'accomplir les fonctions restantes.

Si l'un des époux a des besoins financiers au moment du divorce, et que ces besoins proviennent directement ou indirectement de la manière dont les rôles ont été répartis entre le mari et la femme pendant le mariage, l'époux dans le besoin sera fondé à recevoir un soutien que le droit devra reconnaître et faire exé-

cuter. Cette réclamation de soutien devra être évaluée en fonction de la situation réelle des époux pendant le mariage et non en fonction du sexe du bénéficiaire. Elle ne pourra et ne devra pas être remise en cause ou atténuée par l'incorporation au droit de stéréotypes sexuels selon lesquels le mari n'a aucune responsabilité envers les enfants ou les soins du ménage et la femme aucun besoin d'apporter une contribution financière. En termes juridiques, les accords *de facto* vont engendrer des obligations *de jure*.

L'ensemble de la discussion précédente peut se résumer, à notre avis, dans le principe de *l'égalité devant la loi*. Il s'agit là d'un principe depuis longtemps reconnu dans notre pays. Nous estimons qu'il est temps de l'appliquer au droit de la famille.

Nous proposons que le droit au soutien puisse provenir de «l'accord exprès ou tacite selon lequel l'un des époux s'engage à subvenir aux besoins de l'autre» à condition qu'une telle entente, conclue soit avant soit pendant le mariage, entraîne des besoins financiers raisonnables pour l'époux bénéficiaire au moment du divorce. Dans chaque cas ou presque, la répartition des rôles dans le mariage permettra de juger de l'opportunité du soutien, et le problème de l'entente particulière, expresse ou tacite, ne se produira pas. Il n'est pas rare toutefois que des personnes se marient avec l'entente, par exemple, que chacun des conjoints aidera l'autre, chacun à son tour, afin d'assurer une formation universitaire ou professionnelle. A titre d'exemple, la femme qui travaille pour payer les études universitaires de son mari, étant bien entendu qu'il fera ensuite de même pour elle, ne sera probablement pas considérée comme ayant besoin d'être soutenue du fait de la répartition des rôles au cours du mariage. Mais il est bien possible qu'elle ait besoin d'une aide financière pour sa propre formation universitaire et que sa demande soit raisonnable en raison du fait qu'elle s'attendait à une aide de son mari dans ce domaine, même si la séparation est intervenue avant que le mari puisse remplir ses obligations aux termes de l'entente. On pourrait aussi considérer le cas d'un mari fortuné ayant fourni à sa femme tout ce qu'elle désire, y compris une aide ménagère, ce qui a permis à cette dernière de ne rien faire ou presque. Cette femme devra apprendre à se débrouiller au moment de la rupture du mariage et par conséquent elle pourra faire valoir des besoins raisonnables en raison de

l'accord intervenu au cours de son mariage. Ces besoins devront être respectés par le droit quelles que soient les faveurs dont elle ait bénéficié au cours d'un mariage que certains qualifieront d'idyllique. La gamme des situations possibles est aussi étendue que celle des ententes pouvant être conclues entre des personnes mariées au sujet de la contribution respective au bien-être et aux intérêts de chacun.

Par «accord tacite», nous ne voulons pas dire qu'il soit prérequis, avant toute demande de soutien, que l'on suive les formalités exigées d'un contrat. Il suffit que le droit détermine quelle est l'entente qui a réellement existé, ou que l'on peut raisonnablement supposer, compte tenu des circonstances et du comportement des époux au cours du mariage. Ainsi que nous l'avons déjà souligné, cette détermination devra se faire sans que l'on biaise le droit par l'incorporation de préjugés juridiques traditionnels concernant le rôle des sexes dans le mariage.

A notre avis, ce principe ne doit pas avoir une application illimitée. Un besoin raisonnable à la lumière des accords conclus alors que les deux conjoints s'attendent à ce que leur mariage dure peut apparaître déraisonnable si le mariage vient à se rompre. On peut concevoir par exemple une femme prête à se marier avec un étudiant voulant devenir écrivain, qu'elle s'engage à soutenir lors de ses années d'études et de promotion jusqu'à ce qu'il devienne éventuellement célèbre, tout simplement par amour. Toutefois, la permanence du mariage est certainement l'hypothèse sur laquelle se fonde cette entente, ainsi que la plupart des accords tacites de soutien. Dans cet exemple, l'homme aurait droit à une aide temporaire à la suite du divorce, à l'image de ce qui se passerait pour une femme dans des circonstances semblables, tout en n'étant pas autorisé à poursuivre indéfiniment une carrière ratée aux dépens de son ancienne épouse. Nous suggérons que toute législation faisant appel à tel principe d'entente tacite devrait être rédigée dans cet esprit.

Les accords portant sur la garde des enfants au moment du divorce doivent aussi être considérés comme des faits créant des besoins pouvant entraîner une obligation de soutien. L'opportunité du soutien accordée à celui des parents qui a la garde des enfants

est une question de fait et non de droit et devra tenir compte de critères tels que l'âge et le nombre des enfants en cause, le fait qu'ils réclament ou non des soins constants ou qu'ils sont partiellement ou entièrement émancipés, les possibilités pour le bénéficiaire de confier la garde à un tiers (dans une garderie publique par exemple) en tenant compte du meilleur intérêt de l'enfant et des effets que cette garde a sur les possibilités financières du parent gardien de subvenir à ses propres besoins. Nous ne parlons ici que des besoins du parent qui a la garde et non des dispositions financières pour l'entretien de l'enfant. Nous traiterons séparément de ce sujet dans un autre document de travail.

L'incapacité physique ou mentale de l'un des époux devrait également constituer un motif de soutien au moment du divorce. Même si nous ne croyons pas que le mariage en soi doive impliquer un droit ou une obligation de soutien à la suite du divorce, nous affirmons que l'incapacité physique ou mentale de l'un des époux au moment du divorce est un motif suffisant pour entraîner une obligation de soutien. Là encore, nous ne pensons pas que ce principe puisse avoir une application illimitée. Nous estimons que la responsabilité de pourvoir aux soins des personnes ayant une incapacité permanente ou à long terme incombe avant tout à l'État et non au conjoint ou à l'ex-conjoint de la personne affligée. Nous croyons aussi qu'il est possible pour un tribunal, dans chaque cas particulier, d'établir à quel moment la simple existence du mariage entraîne une obligation de soutien fondée sur la malchance, et le moment où l'État doit se charger de ce fardeau. Nous y reviendrons lorsque nous parlerons de la durée de l'obligation de soutien.

L'incapacité pour l'un des époux d'obtenir un emploi rémunéré au moment du divorce est semblable sur le plan des principes à l'incapacité d'une personne diminuée physiquement ou mentalement de subvenir à ses propres besoins. Cette incapacité peut très bien n'avoir aucun lien logique avec le fait que la personne réclamant le soutien a été mariée à la personne de qui il est réclamé et avec l'accomplissement de tel ou tel rôle au sein de la société qu'est le mariage. A notre avis toutefois, il est raisonnable de s'attendre que le droit prévoie qu'au cours du mariage, la principale ressource financière d'une personne mariée sans emploi soit

son conjoint, sauf incapacité, et non l'aide publique (en excluant l'aide au conjoint sans emploi pour laquelle il a versé une contribution, au titre de l'assurance-chômage par exemple). Une obligation fondée sur ce motif devrait, à l'image d'une obligation découlant d'une incapacité physique ou mentale, subsister pour une période raisonnable suivant la dissolution du mariage. Nous reviendrons sur ce point lorsque nous examinerons le problème de la durée de l'obligation de soutien.

L'obligation de soutien au moment du divorce a pour but de fournir à l'époux bénéficiaire une aide financière lui permettant de couvrir ses besoins raisonnables reconnus par la loi comme donnant ouverture à un droit au soutien pendant la période de transition qui va de la dissolution du mariage au moment où l'époux bénéficiaire doit normalement avoir réussi à pourvoir à ses propres besoins; par nature, l'obligation de soutien à la suite du divorce a premièrement pour but la réadaptation.

Un droit au soutien doit se prolonger aussi longtemps que les besoins raisonnables se feront sentir, sans toutefois leur survivre; le soutien sera temporaire ou permanent.

L'époux bénéficiaire du soutien a l'obligation de pourvoir à ses propres besoins dans un délai raisonnable à la suite du divorce sauf si, compte tenu de l'âge des conjoints, de la durée du mariage, de la nature des besoins de l'époux soutenu et de l'origine de ces besoins, il ne serait pas raisonnable d'exiger que le conjoint soutenu puisse jamais assumer la responsabilité de son propre soutien, et raisonnable d'exiger de l'autre époux qu'il continue à assumer cette responsabilité.

Ces trois principes doivent être examinés ensemble. Le soutien est un aspect de la société qu'est le mariage. Lorsque le mariage est dissous, il se pose le problème important de savoir si cet aspect du mariage doit se prolonger après la période de dissolution et, dans l'affirmative, pendant combien de temps.

Compte tenu des principes généraux établis précédemment dans ce chapitre, les droits et les obligations de soutien au moment du divorce devraient découler des accords conclus au cours du mariage. Nous avons déjà exposé les fondements de notre proposition selon lesquels la dissolution du mariage ne devrait pas

entraîner automatiquement la déchéance des droits et des obligations qui en découlent, étant donné que les besoins qui les justifient peuvent persister. Nous discuterons maintenant des principes devant servir de base à la détermination de la durée pendant laquelle l'un des conjoints pourra bénéficer alors que l'autre sera tenu de supporter la charge de cet élément du mariage qui a cessé d'exister.

De manière générale, nous soutenons que les droits et les obligations de soutien, lorsqu'ils existent, devraient survivre au divorce pendant une période de temps raisonnable et devraient répondre au principe fondamental suivant lequel chacun est en fin de compte responsable de pourvoir à ses propres besoins, que ce soit avant le mariage ou à la suite d'un divorce. L'appréciation de la «période de temps raisonnable» sera une question de fait dans chaque cas particulier.

On doit reconnaître que l'on est loin du concept traditionnel de l'obligation de soutien au moment du divorce, fondé sur la théorie voulant que l'emploi remunéré soit réservé presque exclusivement à l'homme. On supposait que le mariage était un moyen pour la femme de résoudre ses besoins économiques et qu'après le mariage, elle pouvait raisonnablement s'attendre à être pourvue du nécessaire toute sa vie. Ces conceptions ont eu des conséquences malheureuses sur l'égalité des possibilités de travail pour les deux sexes et dans la société canadienne en général. Les trois principes discutés maintenant reprennent tout simplement notre philosophie de base suivant laquelle le droit ne doit plus considérer que le mariage est en soi le meilleur moyen pour la femme de résoudre ses problèmes économiques dans la société. Les principes que nous proposons ne priveront aucune personne de l'un ou l'autre sexe des dispositions financières justifiées par les besoins créés par le mariage. Mais ils auront pour effet d'éliminer la justification légale de l'idée que le mariage est une protection financière pour la femme alors que le marché du travail appartient à l'homme. Les motifs amenant les femmes à se marier et l'intérêt pour les hommes de continuer à rechercher et à demander des postes de choix dans l'économie sont créés par les principes juridiques traditionnels du mariage et ils sont à notre avis inacceptables aujourd'hui. Les besoins économiques ne

devraient pas être un encouragement au mariage de même que la participation à la vie sociale ne devrait pas être régie par l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe.

Nous suggérons que la période qui suit le divorce devrait constituer en droit une période de transition financière pour chacun des époux entre le mariage où l'un des conjoints subvenait aux besoins financiers de l'autre et l'état de célibataire où chacun d'entre eux, comme avant le mariage, doit pourvoir à ses propres besoins. Le droit devrait intervenir pour que l'ex-époux n'ayant aucun besoin financier créé par le mariage, soit tenu d'aider l'autre qui a besoin de cette aide pour se réadapter financièrement.

Le droit de bénéficier d'un tel soutien lors de la dissolution du mariage devrait s'accompagner d'une obligation légale visant à faire en sorte que la personne bénéficiaire se prépare à subvenir à ses propres besoins dans un délai raisonnable, à l'image de ce qui est exigé de toute personne célibataire. Là encore, ce qui constitue un délai raisonnable est une question de fait, non de droit. Cela peut aller de plusieurs semaines à plusieurs années, selon l'appréciation de la situation à laquelle la personne bénéficiaire doit faire face, et sera fonction de l'évaluation du délai au cours duquel on estime que les besoins financiers nés du mariage vont se prolonger, compte tenu d'une diligence raisonnable de la personne soutenue pour atteindre une indépendance financière.

Le troisième principe posé au début de cette discussion tient compte du fait que certaines personnes ne pourront peut-être jamais atteindre une indépendance financière, même si elles font des efforts louables pour y parvenir. L'exemple le plus caractéristique est celui de la femme divorcée dans la soixantaine, sans qualifications ni formation particulière, et qui a toujours été à charge au cours du mariage. Sans avoir besoin d'autres renseignements, on peut dire tout de suite qu'il lui sera pratiquement impossible de trouver un emploi, quelles que soient les démarches qu'elle puisse entreprendre. En plus des problèmes pratiques et des difficultés physiques qui l'handicapent par rapport à une personne plus jeune, cette femme sera partiellement ou totalement

incapable du point de vue psychologique d'assumer ses propres responsabilités financières. Ce troisième principe devrait permettre au tribunal d'évaluer ces facteurs et d'ordonner, lorsque cela s'avère nécessaire, un soutien permanent.

Un des aspects de ce troisième principe est que même si l'un des conjoints doit recevoir un soutien de manière permanente, il ne serait pas raisonnable que le droit se tourne vers l'autre pour fournir en permanence ce soutien. Cela s'appliquerait avant tout dans les cas d'incapacité physique ou mentale à long terme. Nous estimons qu'il serait néfaste que le mariage soit considéré comme un moyen pour l'État de se décharger de sa responsabilité de prendre en charge les personnes souffrant d'incapacité. Une incapacité temporaire existant au moment du divorce peut très bien donner droit à une aide financière de la part de l'autre époux conformément à la théorie de la réadaptation; mais les dispositions permanentes en faveur des victimes du sort devront être supportées par le trésor public et non par le conjoint divorcé.

Nous appliquerions le même principe à une personne dont les besoins ne proviennent pas de la répartition des rôles à l'intérieur du mariage, mais qui se trouve sans emploi au moment du divorce. Il serait légitime, à notre avis, de demander à l'ex-conjoint de cette personne sans emploi de fournir une aide financière pendant la période de transition qui suit le divorce. Toutefois, à l'expiration d'un délai raisonnable, l'incapacité de trouver un emploi rémunéré ne doit pas continuer à être supportée en commun comme s'il n'avait jamais été mis fin au mariage. Les besoins financiers seront peut-être encore réels, mais il vient un temps où il serait déraisonnable que le droit continue à considérer l'ex-conjoint comme la source financière de l'autre.

Le droit au soutien ne peut être remis en cause, annulé ou restreint en raison de la conduite pendant le mariage ou d'une conduite postérieure au mariage sauf si

(a) *cette conduite entraîne une diminution des besoins raisonnables; ou*

(b) *cette conduite prolonge artificiellement ou de manière déraisonnable les besoins qui fondent l'obligation de soutien ou prolonge artificiellement ou de manière*

déraisonnable la période au cours de laquelle la personne soutenue doit se préparer à assumer la responsabilité de son propre soutien.

Suivant la théorie traditionnelle, selon les termes de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, «En échange d'un privilège unilatéral de soutien, on attendait de la femme mariée, à une époque où elle constituait essentiellement un bien-meuble, qu'elle ne profite de ce privilège qu'à condition d'abandonner ses droits exclusifs sur sa personne et son individualité.» En d'autres termes, une femme mariée était en droit d'exiger de son mari qu'il l'entretienne à condition qu'elle n'ait pas de relations sexuelles avec d'autres personnes. La Commission de réforme du droit de l'Ontario a conclu qu'il n'existait aucune raison logique pour que «cette exclusivité puisse être considérée plus longtemps comme une monnaie d'échange de la femme contre son soutien, de même qu'il n'y a aucune raison pour que l'on demande à l'homme de subvenir exclusivement à celui-ci».

Nous sommes d'accord avec cette opinion et le principe établi précédemment, à la lumière des autres principes que nous avançons en faveur du soutien au moment du divorce, représente ce qui doit être fait pour établir clairement que le droit a cessé de consacrer l'emploi coercitif du pouvoir financier qui permet à l'époux le plus fort de dicter le comportement à l'époux le plus faible.

A notre avis, la fidélité sexuelle fait partie intégrante d'un mariage heureux et réussi et il est raisonnable pour les époux de s'attendre à ce que chacun la respecte. Mais cette attente en matière de conduite sexuelle ne devrait pas influer sur l'obligation de soutien. Selon nos propositions, cette obligation dépend des besoins créés par la manière dont les époux ont organisé leur vie commune et elle n'est aucunement affectée par la moralité, ou le manque de moralité, de l'un ou de l'autre des époux. Le soutien financier dans le mariage ne devrait pas constituer une récompense pour «bonne» conduite et la menace de perte de celui-ci une amende pour «mauvaise» conduite. Les ordonnances de soutien destinées à punir l'époux «fautif» en faveur de l'époux «innocent» n'ont tout simplement plus leur place.

Nous avons déjà indiqué qu'il serait néfaste que le droit persiste à consacrer l'opinion selon laquelle les besoins économiques constituent la première incitation au mariage. De la même manière, il ne faut pas que l'on arrive à une situation dans laquelle les besoins économiques de l'époux à charge (ou dit d'une autre manière, la menace de perte financière découlant du fait que l'on est en droit «responsable» de la dissolution du mariage) constituent le principal encouragement à rester mariés.

Les règles de soutien ne devraient pas permettre que l'un des époux puisse exercer des contraintes sur l'autre. Il est regrettable, du fait de la tradition juridique, qu'un des côtés folkloriques du mariage permette au mari «innocent» de mettre sa femme «coupable» «à la rue sans un sou», et, quand la situation est inversée, que la femme puisse lui «prendre jusqu'au dernier sou». Le droit peut difficilement intervenir pour assouvir le désir d'infliger une sanction financière à l'époux qui a trompé la confiance que le mariage suppose. Mais il lui est possible et indispensable d'affirmer clairement que les dispositions financières à la suite du divorce ne devraient pas permettre de traduire ce désir en termes de vengeance sanctionnée par le droit.

Ce que nous avons dit de l'inconduite sexuelle s'applique également à toutes les autres formes de comportement ayant pu entraîner le divorce. Il est naïf de croire que les causes de la rupture d'un mariage peuvent se traduire clairement en termes de «culpabilité» et «d'innocence» et que la loi sur le divorce n'a été autre chose qu'un échec en tentant d'y parvenir. Permettre que les droits et obligations financières au moment du divorce soient déterminés selon une méthode aussi incertaine ne ferait qu'ajouter simplement aux souffrances humaines qui découlent d'un droit dont les bases sont si fondamentalement contestables.

D'après Nietzsche, «l'erreur la plus commune consiste à oublier ce que l'on se propose de faire». Le but de l'obligation de soutien doit être la réadaptation financière de l'époux à charge et non l'imposition d'indemnités venant compenser des dommages réels ou imaginaires survenus au cours du mariage. Les droits et obligations de soutien fondés sur les besoins devront consacrer dans le mariage un lien entre deux personnes égales en droit. Les

droits et les obligations de soutien fondés sur le comportement ne serviraient qu'à prolonger une conception du mariage selon laquelle la soumission de la personnalité de l'un des conjoints face à la puissance financière de l'autre serait consacrée par le droit.

Les comportements ne pourront intervenir en matière de soutien que lorsqu'ils modifient les besoins. Ainsi par exemple, si le conjoint bénéficiaire trouve un travail ou est pris en charge par un tiers, l'obligation de soutien devrait être diminuée ou annulée en conséquence. De la même manière, si un besoin s'appuie sur une perte de qualifications, l'époux bénéficiaire sera tenu de s'efforcer de retrouver ces qualifications dans un délai raisonnable. Si cette obligation n'est pas remplie avec bonne volonté par l'époux bénéficiaire, son droit au soutien en sera affecté.

Ce principe n'est pas étranger au système juridique canadien. En vertu du droit des contrats, la partie responsable de la rupture d'un contrat est dans l'obligation de verser une compensation à l'autre en cas de perte. Mais la personne qui subit un préjudice en raison de cette rupture est, pour sa part, dans l'obligation de prendre toutes les mesures en son pouvoir pour que cette perte (et par conséquent la somme que l'autre partie doit verser) soit réduite à un minimum. Le droit des contrats ne se propose pas d'apaiser les sentiments outragés; il s'efforce de faire en sorte que les gens agissent raisonnablement sans les punir ou leur faire la morale. Nous estimons que l'obligation de soutien au moment du divorce devrait s'appuyer sur des principes semblables. S'il est raisonnable d'imposer après le divorce une obligation de soutien permettant la réadaptation de l'époux moins avantagé financièrement, il est tout aussi raisonnable d'imposer à ce dernier l'obligation de faire ce qui est en son pouvoir pour ne plus être à charge après le divorce.

Depuis 1968, la *Loi sur le divorce* dispose que la «conduite» doit être prise en considération lors de l'octroi du soutien, mais elle ne précise pas quels effets doit avoir cette conduite sur le montant alloué, les conditions d'éligibilité au soutien ou la responsabilité de celui qui doit l'assurer. Nous estimons qu'il est indispensable que le Parlement prenne des dispositions à ce sujet puisque l'ensemble du problème réside maintenant entre l'ordonnance

de soutien considérée comme une punition selon l'ancienne coutume et l'absence actuelle de toute politique précise. Il faut que l'on s'attaque carrément à ce problème et nous recommandons de le résoudre de cette façon.

Les sommes allouées à titre de soutien devront être déterminées en fonction:

(a) *des besoins raisonnables de l'époux ayant droit au soutien;*

(b) *des besoins raisonnables de l'époux tenu d'assurer le soutien;*

(c) *des biens de chaque époux après le divorce;*

(d) *de la capacité de paiement de l'époux tenu d'assurer le soutien;*

(e) *de la possibilité pour l'époux ayant droit au soutien de subvenir à ses propres besoins; et*

(f) *des obligations de chacun des époux envers les enfants du mariage.*

L'un des concepts principaux du principe énoncé ci-dessus est celui de «besoins raisonnables». Il représente un abandon de la théorie traditionnelle relative à la détermination du montant du soutien. Suivant cette théorie, un homme divorcé ayant une obligation de soutien envers son ex-épouse devait lui assurer «le train de vie qu'elle avait toujours connu». Nous estimons que ce critère est contestable pour différentes raisons et qu'il n'est pas conforme à la philosophie du soutien que nous avons proposée.

En premier lieu, nous réaffirmons que les perspectives financières issues du droit sur le divorce ne devraient pas être une raison, même détournée, pour que l'on considère le mariage comme un moyen de remplacer les réalisations individuelles ou la formation et l'éducation indispensables pour obtenir la situation à laquelle chaque individu aspire. De la même manière, les aspects juridiques du mariage ne devraient plus encourager la pratique consistant à refuser des possibilités d'emploi ou d'étude pour les femmes pour les motifs qu'elles pourront se permettre d'être à charge, qu'elles ont la garantie d'accéder à un niveau de vie

acceptable en se mariant et qu'il est donc normal que les établissements d'enseignement et le marché du travail accordent la priorité aux hommes.

En deuxième lieu, le divorce entraînera, dans la grande majorité des cas, un fardeau économique plus grand que celui qui existait au cours du mariage. Il est tout simplement impossible que le train de vie des époux divorcés n'en subisse pas le contrecoup. Suivant la tradition bien établie en matière de soutien, le droit faisait appel encore une fois, à des critères de comportement afin de résoudre ce problème, en disant que la perte du train de vie antérieur venait punir la faute de l'époux «coupable». Si la femme était «coupable» et le mari «innocent», elle n'avait pas droit au soutien au moment du divorce. Si elle y avait droit, cela signifiait qu'elle était «innocente» et qu'il était «coupable» et que, par conséquent, il n'aurait pas été équitable de la priver des avantages financiers—institutionnalisés par le mariage—mis à la disposition de la femme mariée par la société, advenant la «faute» de son mari. En tant qu'épouse «innocente», son droit à recevoir un soutien conforme au train de vie qu'elle avait mené au cours du mariage ne pouvait être remis en question.

Nous avons discuté plus longuement de ce problème dans notre document de travail sur le divorce. Nous avons conclu que le droit n'était pas fondé à examiner la rupture d'un mariage en recherchant la «faute» ou de porter des jugements de valeur sur le comportement de l'une ou l'autre des parties. Par conséquent, le principe juridique qui veut que «l'époux «innocent» ne puisse encourir de perte» ne doit plus pouvoir constituer le critère sur lequel s'appuient les effets économiques du divorce. Si l'on abandonne les critères de culpabilité et d'innocence conformément à nos propositions, ces critères n'auront plus aucun effet sur la valeur monnayable du soutien accordé. La question est alors de savoir si à la suite du divorce, seul l'époux pourvoyeur de fonds durant le mariage doit subir une diminution de son train de vie sans que l'époux à charge n'en subisse les conséquences, ou si le droit doit s'efforcer de parvenir à une répartition plus logique de cette perte entre les deux conjoints. Le principe que nous proposons pour la détermination du quantum du soutien devant être accordé s'efforce de répartir les charges économiques découlant

du divorce en fonction des «besoins raisonnables» de *chacun* des époux, sans recourir aux notions de «culpabilité» et «d'innocence» et en évitant l'idée suivant laquelle le fait d'être à charge pendant le mariage assure à son bénéficiaire que tous les risques économiques seront pris par son conjoint en cas de rupture du mariage.

Les modifications que nous proposons ont pour caractère fondamental un déplacement des priorités en faveur d'une philosophie de la responsabilité individuelle devant le droit. Sous l'égide d'une telle philosophie, le principal effet juridique du mariage sera de conférer un droit à une aide financière permettant la réadaptation lorsque les circonstances du mariage empêchent l'un des époux de se prendre entièrement en charge à la suite du divorce. Nous estimons qu'il est préférable et plus réaliste que les tribunaux visent à assurer le rétablissement financier de l'époux dans le besoin plutôt que de s'efforcer de prolonger le train de vie dont jouissait l'époux «innocent» au cours du mariage antérieur, lorsqu'ils décideront du droit au soutien ainsi que du montant qui devra être versé à ce titre.

Le niveau de vie dont jouissaient les conjoints au cours du mariage ne cessera pas d'être un facteur déterminant au moment du divorce et l'on devra en tenir compte dans la mesure où il est *pertinent* aux besoins raisonnables de chacun des époux. Les «besoins raisonnables» varieront selon les individus en fonction de la vie et de l'expérience matrimoniales de chacun.

Le niveau de vie sera le critère déterminant et non un simple facteur à prendre en ligne de compte seulement au moment du partage des biens à l'occasion du divorce. Ainsi que nous l'avons déclaré dans notre document de travail sur le droit des biens des époux, les époux devront se partager également les biens acquis au cours du mariage. La réussite financière du mariage devrait se refléter par la valeur des biens partageables au moment du divorce. Le corollaire que nous avançons en conséquence est qu'au moment du divorce, à la suite du partage des produits de la vie commune, le train de vie des époux, à l'image de l'union qui en a permis la réalisation, doit cesser d'exister en droit.

La valeur des biens dont dispose chaque conjoint devrait être prise en considération au moment de déterminer le quantum

du soutien accordé suite au divorce. Il conviendra de tenir compte de l'ensemble des biens possédés par les époux et non seulement des biens qualifiés de partageables au moment du divorce. De manière générale, plus l'époux possédera de biens, moins il aura besoin d'un soutien financier.

Par exemple, en supposant l'adoption de lois portant partage des biens, la personne qui aura droit au soutien disposera de la moitié des biens partageables et d'une possibilité de revenu moindre que l'autre conjoint qui disposera, lui aussi, de la moitié des biens partageables. A notre avis, il serait injuste de demander à l'époux qui a besoin d'un soutien de subvenir à ses propres besoins en ayant comme seule ressource les biens qui lui sont revenus à la suite du partage au moment du divorce. D'un autre côté, nous ne pensons pas que l'on puisse négliger l'existence de ces biens. La formule exposée plus haut permettrait au tribunal de répartir la charge du soutien en ayant recours à quatre sources possibles: les biens et la possibilité de revenu du mari d'une part; les biens et les gains de la femme d'autre part. Cette répartition dépendra des circonstances en l'espèce. Nous voulons prouver par là qu'au moment de déterminer le quantum du soutien accordé à l'un ou à l'autre des époux, il importe de tenir compte des biens qu'ils possèdent respectivement. L'on ne devrait non plus exiger d'un époux ayant droit au soutien de prendre sur ses biens avant que la cour puisse prononcer une ordonnance de soutien venant affecter les biens ou les gains futurs de l'autre conjoint. Les charges doivent être réparties équitablement compte tenu des circonstances.

Il est entendu que les obligations de chacun des époux envers les enfants devraient toujours être prises en considération au moment de la détermination du quantum du soutien accordé. Nous estimons que cela va de soi, c'est pourquoi nous ne nous y attarderons pas.

CHAPITRE 4

Conclusions

À l'heure actuelle, la *Loi sur le divorce* ne définit aucun critère précis en ce qui concerne l'obligation de soutien. Par conséquent, les tribunaux se sont trouvés placés d'une part devant un principe législatif nouveau dont les dimensions sont inconnues et d'autre part en face d'une tradition juridique faite de précédent, de doctrine et de coutume dont les préférences politique, économique et sociale basées sur le sexe remontent aux origines de la common law.

La législation que nous proposons permettra d'atteindre plusieurs objectifs importants. En premier lieu, elle permettra d'affirmer clairement que les tribunaux se sont débarrassés du fardeau d'une tradition archaïque, arbitraire et préjudiciable, qui ne devrait plus avoir cours quant aux obligations de soutien entre époux dans notre société canadienne moderne. En second lieu, elle permettrait d'établir une base rationnelle pour le développement d'une jurisprudence égalitaire concernant le droit des époux devant la loi. En troisième lieu, elle permettrait de disposer pour la première fois d'une déclaration de principes clairs concernant un aspect important de la nature juridique du mariage au Canada, dont l'absence aujourd'hui fait obstacle aux réformes provinciales touchant aux lois qui relèvent de leur compétence en matière de relations familiales.

La plupart des propositions présentées dans ce document de travail ne sont pas très éloignées de la pratique actuelle des tribunaux, même si en l'absence d'une politique législative cohérente,

la jurisprudence apparaît souvent inégale et dénuée de toute ligne directrice. Le Parlement a le devoir de formuler clairement la direction selon laquelle le droit doit s'orienter dans chaque cas, à l'intérieur d'un cadre intellectuel conforme aux principes établis, uniformes et équitables.

Selon les termes d'Oliver Wendell Holmes: «Un corps de loi est plus rationnel et davantage civilisé lorsque chaque règle qu'il contient s'articule harmonieusement en fonction d'un objectif déterminé, et lorsque les principes qui soutiennent cet objectif sont clairement établis de manière expresse». Si l'on en juge par ce critère, les dispositions concernant le soutien dans la *Loi sur le divorce* sont nettement insuffisantes. L'un ou l'autre des conjoints peut être tenu d'assurer le soutien de l'autre au moment du divorce. La *Loi sur le divorce* n'indique pas pour quelle raison cela doit se produire, quelle est la nature de l'obligation, que doit prouver l'un des conjoints pour avoir droit à un tel soutien, quels sont les critères déterminant la durée de ce soutien, quelles sont les relations entre le comportement et le droit au soutien, quelle est la nature de ce soutien (pension ou forme d'aide devant permettre la réadaptation), ou quel doit être le montant de ce soutien. Le présent document de travail s'est efforcé de répondre à ces questions et de déterminer les buts et les objectifs de l'obligation de soutien entre époux au moment du divorce.

Nous estimons que ces questions sont beaucoup trop cruciales pour de nombreuses personnes pour que le Parlement continue à garder le silence. Nous ne demandons pas non plus aux tribunaux de restructurer ces domaines fondamentaux du droit de la famille alors que le Parlement n'a encore rien fait. L'importance de la réforme législative pour le renforcement de la cellule familiale et pour l'avenir de l'institution du mariage, et par conséquent de la société canadienne tout entière, est évidente.

Les réformes précises que nous proposons dans ce document de travail ne portent que sur les principes de soutien qui relèvent de la compétence fédérale. Toutefois, le principe de l'égalité en droit au moment du divorce ne devrait être qu'un faible aspect de l'égalité du traitement devant la loi née du mariage en vertu des droits provinciaux et territoriaux et qui caractérisent

chaque aspect des relations juridiques entre la femme et l'homme mariés. Compte tenu de la répartition constitutionnelle des compétences législatives sur des sujets qui ont trait à différents éléments significatifs du mariage, le Parlement ne peut accomplir qu'une partie du travail dans les domaines présentés dans ce document de travail. L'enlèvement des obstacles s'opposant à la réalisation de l'égalité sur le plan social et juridique de toutes les personnes mariées exige la coordination de l'action entreprise par tous les gouvernements et tous les corps législatifs du Canada.